



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2014/2016

Trabajo Fin de Máster

“ACCESO A LA JUSTICIA Y GESTIÓN ÓPTIMA DE CONFLICTOS”

Jessica Jullien de Asís

Tutora

Patricia Cuenca Gómez

Getafe 1 de febrero de 2016

Palabras clave: acceso a la justicia, gestión de conflicto, paz, razonabilidad

Resumen: El acceso a la justicia se articula por medio de unas garantías formales y materiales complejas en pro de brindar a la ciudadanía una herramienta jurídica segura inspirada en el ideal de justicia. La complejidad de la sociedad y los conflictos que en ella se dan exigen articular nuevas garantías enfocadas a la gestión óptima de conflictos por vía judicial o por herramientas complementarias no adversariales de gestión de conflictos.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. EL ACCESO A LA JUSTICIA	
1. ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA	15
1.1 ACCESO A LA JUSTICIA	15
1.1.1 PRIMERA OLEADA – <i>LEGAL ADVICE AND AID</i> -.	16
1.1.2 SEGUNDA OLEADA – <i>METAMORPHOSE PROCEDURAL</i> -.	20
1.1.3 TERCERA OLEADA – <i>(RE)ENFOQUE DEL ACCESO A LA JUSTICIA</i> -.	23
1.2 OTROS CONCEPTOS QUE COMPLEMENTAN EL CONTENIDO DEL ACCESO A LA JUSTICIA	25
1.2.1 TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	26
1.2.2 DEBIDO PROCESO	33
A) El debido proceso material -sustantivo-.	33
B) El debido proceso formal –adjetivo-.	37
2. HACIA UN CONCEPTO AMPLIO DE ACCESO A LA JUSTICIA	40
2.1 CONTENIDO Y ALCANCE	40
2.2 DIMENSIONES DE LA RAZONABILIDAD	44
2.2.1 LO RACIONAL Y LO RAZONABLE EN LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA	45
A) Justificación racional	46
B) Justificación razonable	48
C) Lo racional versus lo razonable en la adecuación de la respuesta al caso concreto	50
2.2.2 RAZONABILIDAD <i>EN</i> EL ACCESO A LA JUSTICIA O <i>DEL</i> ACCESO A LA JUSTICIA	51
A) Razonabilidad <i>en</i> el acceso a la justicia	52
B) Razonabilidad <i>del</i> acceso a la justicia	53

2.2.3 RAZONABILIDAD REAL DE LAS DECISIONES – RAZONABILIDAD DEL SISTEMA-	55
2.3. ACCESO A LA JUSTICIA COMO GESTIÓN DEL CONFLICTO DE HECHO	59
A) Relación entre controversia de hecho y controversia jurídica	59
B) Alcance de la efectividad del sistema judicial	62
 CAPÍTULO II. LA GESTIÓN DEL CONFLICTO COMO ACCESO A LA JUSTICIA	
 3. EL CONFLICTO Y SU GESTIÓN	69
3.1 EL CONFLICTO	69
3.1.1 LA CONCEPCIÓN DEL CONFLICTO	70
3.1.2 HUMANIZACIÓN DEL CONFLICTO	76
3.2 GESTIÓN DE CONFLICTOS. EVOLUCIÓN Y FINALIDAD	81
3.2.1 EL CONFLICTO Y LAS NORMAS	82
3.2.2 LA GESTIÓN DE CONFLICTOS. EVOLUCIÓN Y FINALIDAD	86
A) Autotutela	87
B) Heterocomposición	90
C) Autocomposición	94
 4. HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA EN SENTIDO AMPLIO	98
4. 1. GESTIÓN ÓPTIMA DEL CONFLICTO, PAZ Y ACCESO A LA JUSTICIA	99
4.1.1 GESTIÓN DE CONFLICTOS Y ACCESO A LA JUSTICIA	99
4.1.2 GESTIÓN PACÍFICA O NO ADVERSARIAL DE CONFLICTOS	102
A) Concepto negativo de paz	102
B) Concepto positivo de paz	105

4.2. NECESIDAD DE LA APERTURA DEL SISTEMA A NUEVAS HERRAMIENTAS	107
A) Fundamentación	107
B) Métodos complementarios de gestión de conflictos	109
 <i>CUESTIONES FINALES. Reflexiones sobre el caso práctico</i>	115
 CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	124

INTRODUCCIÓN

Esta investigación surge de una preocupación previa por la “reputación” de lo que actualmente se reconoce como acceso a la justicia, o resultado del ejercicio de la tutela judicial efectiva. No es desconocido por nadie que en los últimos años ha ido creciendo entre los ciudadanos un fuerte descontento como consecuencia del desencanto por las respuestas que pueden obtenerse del sistema judicial acudiendo al mismo como herramienta de gestión de conflictos. Qué duda cabe que el presentar ante el sistema judicial un conflicto es resultado de una inadecuada gestión previa del mismo, o la imposibilidad de gestionarlo de forma autónoma, lo cual aporta ya de por sí un nivel de frustración y tensión importante. De esta manera, acudimos al sistema judicial como ente “superior”, considerando su respuesta ante el conflicto como más adecuada de la que logramos o lograríamos en su caso articular por nosotros mismos. Ello supone que el descontento más preocupante no sea el surgido a consecuencia del conflicto en sí sino que se da como resultado de no alcanzar una gestión adecuada de éste cuando se deposita en manos del sistema judicial.

De esta manera, el ciudadano acude confiado a un sistema civilizado, el de la heterotutela, en el que se reconoce poder —e incluso sabiduría— a un tercero que será el encargado de ofrecer una respuesta, debiendo además ser justa (porque para ello acudimos a ese sistema evolucionado del cual se desprende, entre otras bondades, la legalidad o la no arbitrariedad). Dichas características nos permiten confiar en que la respuesta será *justa*, independientemente del agrado que pueda provocar en las partes implicadas.

En ese momento, los ciudadanos se retiran a un segundo plano y “dejan hacer a los expertos”, a los juristas, al juez, dirigidos y controlados a lo largo de todo el proceso, el cual reúne un generoso elenco de garantías necesarias para que nadie se vea indefenso y pueda actuar ante la ley en igualdad de condiciones; unas normas que garantizan un juego limpio y justo. Y tras mucho tiempo —incluso años— en los que la vida sigue y puede surgir nuevos conflictos íntimamente relacionados con el planteado primeramente, llega la resolución, fruto de la aplicación de muchísimas normas, formales y materiales, que acorde

a un algoritmo jurídico para los ciudadanos legos en Derecho, permite el acceso a una respuesta que pone fin a la disputa – jurídica-. Establece quien tiene razón y quien carece de ella, dando así el sistema por zanjado el conflicto planteado (reconociendo los recursos pertinentes obviamente). Y de esta manera, con una resolución fruto de la interpretación de numerosas normas y motivando su aplicación al caso planteado en lenguaje jurídico, exige que los ciudadanos den por restablecida la *paz* entre ellos.

Aunque consciente de que todo este proceso conlleva una compleja articulación, no resulta tan extraño que desde la perspectiva planteada previamente los ciudadanos no se muestren especialmente satisfechos con lo que reconocen como la herramienta –no única pero sí principal y de mayor difusión- de restablecimiento de la justicia. Y es que más allá de no salir airoso en este juego de ganar y perder, observamos que ni para aquellos que son reconocidos como vencedores por la justicia parece darse, en un número llamativamente elevado de casos, una plena satisfacción hacia la gestión del conflicto en sí. Esto se puede corroborar con la simple observación de determinados conflictos que pueden ser presentados ante el juez, por las mismas personas y en un tiempo especialmente reducido¹, de forma reiterada y sin encontrar en la resolución judicial otra cosa más que el nombre del vencedor y en todo caso, “el precio a pagar” por aquel que no obró de forma adecuada. Dicho resultado no parece alcanzar en absoluto la restauración de la paz entre las personas afectadas –ni tampoco entre aquellos que podríamos denominar terceros afectados en el conflicto-. Tampoco se traduce de esta presentación reiterada de un mismo conflicto ante el sistema judicial un reconocimiento por parte de los implicados de una respuesta que pueda considerarse acertada para la gestión de futuros conflictos de características similares –o incluso idénticas-.

De esta manera resulta coherente retomar un debate que en ocasiones parece superado acerca de la finalidad del sistema de justicia desde la perspectiva del conflicto. Se pretende así indagar en las exigencias del acceso a la justicia

¹ Podemos dar como ejemplos más que válidos, a voz de pronto y sin necesidad de meditarlo demasiado, las amenazas –entre vecinos, familiares, conocidos, etc.- o el incumplimiento del régimen de vosotras entre progenitores.

respecto de la gestión de los conflictos, analizando qué lugar ocupa el conflicto dentro del sistema y cuál es el enfoque de las respuestas dadas al mismo.

Si en la previa reflexión se hablaba indistintamente de alcanzar la paz o alcanzar la justicia, revisar si es aceptable usar dichos conceptos como sinónimos o, en caso de diferenciarlos, si alcanzar uno de ellos permite afirmar con rotundidad que se alcanzó el otro.

Lo que sí se puede afirmar desde este mismo momento y sin titubeos es que el sistema judicial, herramienta principal de gestión de conflictos, tiene como finalidad última alcanzar la *justicia* –y si bien no resulta extraño encontrarnos con el concepto de paz en relación con la gestión de conflictos, no parece ser el objetivo principal sino quizá una consecuencia derivada de alcanzar la justicia-. Por ello, el estudio de aquellos derechos sobre los que se irgue el sistema judicial parece ineludible.

No son sin embargo pocos los conceptos que pueden relacionarse con el derecho a la justicia, o el acceso a ella. Una multitud de conceptos que parecen solaparse pero sin embargo, según el contexto, permiten fundamentar que el uso de uno de ellos es más adecuado.

Es por ello que para resolver otras cuestiones se considera crucial en una investigación de estas características desarrollar previamente un trabajo conceptual de peso, teniendo éste una doble finalidad: la primera será desde luego la investigación en sí, profundizando en los conceptos y clarificando los límites de cada uno; la segunda es puramente metodológica y permite posicionarse ante el amplio abanico de conceptos relacionados con el acceso a la justicia, variando los límites de cada uno de los contenidos atribuidos por cada autor o autora al concepto. Por ello se pretende mostrar de forma ordenada los conceptos que van a manejarse a lo largo de la investigación, señalando porqué el uso de uno y no de otro, y delimitando en la medida de lo posible su contenido y muy especialmente su alcance.

Debe advertirse, como puede desprenderse de las primeras líneas de esta introducción, que el análisis de concepto de *acceso a la justicia* se realiza desde

la perspectiva de la gestión de conflictos. Esto carga toda la investigación de un fuerte carácter realista, apuntando siempre a la eficacia del sistema en referencia a la gestión de las disputas. De ahí que otro de los conceptos relevantes en esta investigación sea el conflicto y en especial su gestión. Aunque se reconoce *a priori* la vía judicial como herramienta de gestión de conflictos, se pretende con esta investigación dilucidar qué se entiende por gestión adecuada de conflictos y, desde ahí, si la vía judicial es una herramienta adecuada para ello. Igualmente se conectará la adecuación de la forma de gestión al concepto de paz, analizando por otra parte qué se entiende por gestión pacífica de conflictos.

De esta manera se inicia una investigación abierta a diferentes respuestas, cuyo objetivo se centra en descubrir qué relación existe entre los conflictos y el sistema judicial, y hasta qué punto tiene repercusión en todo ello la obtención de justicia y lo que llamaremos por ahora la gestión adecuada de los conflictos.

- La estructura que seguirá este trabajo puede separarse en dos grandes capítulos:

En el primero contiene la reflexión conceptual, diferenciándose en el mismo dos bloques. El primero de ellos versará sobre el concepto de acceso a la justicia, estudiando tanto su faceta restringida como su concepción más amplia. Se tratará inicialmente de obtener un boceto introductorio del mismo que sirva como base sobre la cual erigir el resto de la investigación. Tras ello se analizarán otros conceptos como son la tutela judicial efectiva y el debido proceso, ambos usados en numerosas ocasiones como sinónimos del acceso a la justicia. La forma de enfrentarse a su estudio será la de completar el primer concepto con todos aquellos matices que nos brinden la tutela judicial efectiva y el debido proceso en ese complejo camino hasta la obtención de justicia. Para ello se irán destacando sus puntos comunes así como sus diferencias. El objetivo final de este primer apartado será estar en disposición de poder crear un gran mapa conceptual que reúna todas las características de los tres conceptos, resaltando claramente sus conexiones cobrando especial importancia su forma de complementarse. Con este, iniciaremos el siguiente bloque. El segundo apartado analizará el alcance del concepto previamente delimitado

de acceso a la justicia. En primer lugar se tratarán cuestiones como la motivación de las decisiones, para conocer el alcance actual que se espera del concepto. Se irá progresivamente rescatando algunas posibles carencias o potencialidades del sistema. Finalmente se establecerá la relación existente entre las “nuevas” exigencias propuestas del sistema y la finalidad del mismo.

En el segundo capítulo los esfuerzos se dirigirán a la parte más práctica de esta cuestión, analizando el concepto de conflicto desde diferentes perspectivas y los distintos métodos de gestión del mismo. De conectada dicha gestión con criterios de adecuación tanto en la forma como en los resultados que de ella pueden obtenerse. En esta tarea será de utilidad recurrir al concepto de paz, el cual se contrastará con la forma de gestión seguida en los métodos heterocompositivos y autocompositivos.

- Por último, se considera útil presentar desde un inicio un sencillo caso práctico dotando este trabajo del carácter realista que se predicaba anteriormente. Esta metodología tiene como principal finalidad facilitar al lector una guía o un punto de conexión a la realidad, como punto de apoyo, tanto para facilitar la ejemplificación de ciertas cuestiones, como para poder ir comprobando nuevos planteamientos presentados en este trabajo.

Se opta en este caso por un conflicto comunitario. La justificación de la elección radica en que como se mencionaba, la intención es facilitar al lector un “punto de apoyo” en el que “poner a prueba” y ejemplificar ciertas cuestiones. Los conflictos comunitarios son fácilmente re-encuadrables en otro tipo de conflicto, lo cual permite al lector un mayor abarque de aquellas cuestiones que desee contrastar con la realidad. Es además un tipo de conflicto extremadamente común y fácilmente comprensible.

Se trata de reflejar una situación de la vida real, reflejar lo que se encuentra detrás de los conflictos que llegan a la vía judicial anhelando obtener justicia y recuperar la paz. Así, se hacen mencionan detalles que pueden no tener relevancia jurídica pero forman parte del conflicto en sentido amplio.

De esta manera, procedemos a presentar un caso:

Giovanni y Andrés son dos vecinos que pertenecen a la misma comunidad de vecinos desde hace ya más de cinco años. Nunca han tenido problemas entre ellos y lo cierto es que tampoco han tenido especial relación más allá de cordiales saludos en el portal. Giovanni vive en un bajo con sus dos perros y Andrés se encuentra en el primer piso, justo encima, con su pareja Claudia. Recientemente se han mudado al bajo contiguo de Giovanni unos nuevos vecinos con un gato, el cual suele pasear por el jardín. Esto ha provocado que los dos perros de Giovanni ladren sistemáticamente al ver al gato de nuevo vecino, el cual no parece encontrarse molesto por la presencia de los perros. Andrés y Claudia tienen un niño de aproximadamente un año quien no logra dormir con los recientes ladridos de los perros.

Las primeras semanas Andrés y Claudia decidieron ser pacientes ya que los perros jamás habían ladrado en los meses anteriores; son tranquilos y muy educados, por lo que esperan que este cambio de actitud sea temporal. Además a Claudia le fascinan los perros y están deseando encontrar un momento para ir a una perrera a adoptar uno...o incluso dos. Este deseo de tener perros como los de Giovanni le ayuda a tener algo más de paciencia. Sin embargo pasa el tiempo y no cambia nada. Un miércoles a las tres de la madrugada, agotados por largas jornadas de trabajo, Andrés y Claudia, desesperados por los ladridos puntuales de los perros que despiertan a su hijo, deciden bajar a casa de Giovanni de inmediato para pedirle que haga callar a sus perros. Tras llamar insistentemente al timbre Giovanni abre la puerta, ajeno a los cuatro ladridos que han dado sus perros. Ninguno de los tres vecinos se encuentra en ese momento tranquilo por lo que la conversación sube rápidamente de tono. A ello se suman los ladridos de uno de los perros que, alertado por la disputa de Giovanni con el vecino, interviene en la tensa situación. Andrés y Claudia deciden retirarse ya que temen que el perro se exalte demasiado y Giovanni vuelve a la cama consternado por la “poca educación y respeto” que han mostrado sus vecinos al bajar a despertarle a estas horas y de una forma tan agresiva.

Tras dicho encuentro, la situación entre los vecinos se hace extremadamente tensa; desaparecen los cordiales saludos en el pasillo. Como viene sucediendo

en las últimas semanas, los perros de Giovanni ladran de forma puntual al ver pasar al gato del vecino y Andrés y Claudia empiezan a elaborar una hoja en la que apuntan las horas a las que han ladrado los perros, depositando en el buzón del Giovanni un folio cada lunes por la mañana. Esta situación empeora drásticamente en verano, cuando Andrés y Claudia organizan una pequeña reunión de amigos en su casa. Algunos de los invitados se encuentran en la terraza y parece que se les escapa un vaso de cristal que cae en el jardín de Giovanni. Uno de sus perros se encuentra en ese momento fuera y se hace unos corten en las patas, teniendo que ser atendido por el veterinario. Esta situación es realmente frustrante para Giovanni que debe ocuparse de los dos perros de su hermana recientemente fallecida. Nunca se plantearía dejar a los perros de su hermana en una perrera, eran muy importantes para ella...si pudiera encontrar a alguien cercano que los adoptara dejándole visitarles de vez en cuando... Pero la delicada situación que está atravesando Giovanni se complica por momentos: al cargo de dos perros para los que no tiene tiempo, se suma que el gato del nuevo vecino no hace más que pasear por el jardín alterando a los perros. Aunque le ha pedido a su vecino que controle un poco a su gato, Giovanni ha tenido gato y sabe lo complicado que resulta, pero ese paseo felino le está llevando muchos disgustos con Andrés y Claudia.

Tras atender a su perro Giovanni se presenta en el piso de sus vecinos muy enfadado y expone sus sospechas sobre la mala intención de hacer caer un vaso a su jardín. La conversación entre Andrés y Giovanni se acalora rápidamente y acaban llegando a las manos. Son inmediatamente separados por los asistentes pero ello no evita que ambos presenten una denuncia por lesiones.

Desde la presentación de dicha denuncia la comunicación entre los vecinos es nula y a ello se suma la intervención de otros miembros de la comunidad que empiezan a posicionarse de un lado o de otro. Giovanni por un lado y Andrés y Claudia por otro empiezan a preparar todo un arsenal de datos para poder defenderse en la vía judicial: los daños del perro, el número de ladridos especificando día y hora, las entradas y salidas de visitas al piso vecino, etc. La pareja tiene un amigo abogado que les ha recomendado no hablar de

absolutamente nada con Giovanni y aunque están en realidad algo preocupados por su estado, así lo han hecho.

Encontramos en este caso un conflicto en plena escalada. La disputa ya se ha dado y el malestar entre las partes implicadas no hace más que aumentar. Los tres vecinos empiezan a tener complicaciones para conciliar el sueño, fruto del miedo y la tensión de “cómo acabará esto”, preguntándose cómo han llegado a este punto. No tienen mucho que perder por lo que han escuchado sobre este tipo de disputas. Los tres intentan reconfortarse pensando que esta tensión es una situación pasajera; cuando llegue el juicio todo se solucionará. Así que esperan –no tan pacientemente- deseando ganar el juicio para...¿para qué exactamente?

CAPÍTULO I. EL ACCESO A LA JUSTICIA

Este primer capítulo pretende servir de base al resto de la investigación, tomando postura en el contenido de acceso a la justicia y resaltando algunas de las exigencias consecuencia de una interpretación amplia del concepto. Se trata por tanto de obtener una visión clara del alcance del acceso a la justicia para desde ahí reconocer las posibles carencias que se detectan en la práctica causantes, quizá del descontento general de la ciudadanía.

Se inicia por tanto con un análisis conceptual acerca del acceso a la justicia y aquellos conceptos que pueden relacionarse claramente con el primero hasta tal punto de solaparse en algunos puntos e incluso llegando a confundirse y usarse como sinónimos en algunos ámbitos. Se trata por tanto de indagar en cada uno de ellos intentando reconocer tanto sus límites como aquellas parcelas quizá más ambiguas.

En la segunda parte de este capítulo, teniendo muy presente las conclusiones obtenidas del análisis conceptual, se presentan nuevas dimensiones del acceso a la justicia en sentido amplio, resaltando las consecuencias de ignorar esta perspectiva amplia del concepto.

Siento la finalidad de este trabajo ofrecer respuestas aplicables a la realidad de la gestión de conflictos, se presenta a su vez propuestas para subsanar las carencias detectadas, fundamentando su uso.

1. ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Ya se adelantaba que uno de los puntos de mayor complejidad se centraría en el debate conceptual acerca del acceso a la justicia cuyo objetivo se centra quizá no tanto en definir la terminología más acertada a la luz de esta investigación, sino en clarificar qué podemos esperar de cada concepto; el alcance de cada uno.

De esta manera, se inicia este debate directamente desde el concepto de acceso a la justicia, analizando cuál es su contenido y qué podemos esperar del mismo. Se pretende en el primer apartado expresar todo lo posible el concepto, profundizando especialmente en su perspectiva más amplia.

Posteriormente se analizarán otros conceptos que se encuentran íntimamente ligados al concepto de acceso a la justicia. Estas nociones que resultan de enorme interés y de no sencilla delimitación son, entre otras: el debido proceso –formal y material- y la tutela judicial efectiva, entremezclándose a su vez con proceso justo, ideal de justicia, proceso y procedimiento, jurisdicción, etc. Este segundo apartado se encuentra enfocado a extraer todos los elementos posibles de los conceptos de tutela judicial efectiva y debido proceso, a efectos de complementar o completar el de acceso a la justicia. Se espera que su estudio permita conocer más en detalle el concepto de acceso a la justicia, pudiendo quizá de esta manera detectar puntos especialmente conflictivos en los que se requiere una investigación más profunda para su comprensión y mejora.

Se inicia pues esta delimitación de conceptos, a efectos de obtener mayor claridad hacia lo que se hace exigible de estos, su finalidad, su alcance, sus garantías, etc.

1.1 ACCESO A LA JUSTICIA

No es discutible que el siglo XX ha sido especialmente importante en el ámbito de los derechos lo cual, si bien no nos permite llegar a afirmar la plena satisfacción de –todos- ellos (afirmación que difícilmente podría llegar a

enunciarse), sí permite reconocer unos avances sustanciales que pueden apreciarse tanto en el reconocimiento de nuevos derechos, como en la “evolución” de los ya reconocidos. Esto sucede de forma claramente visible con el concepto de *acceso a la justicia* en el que podemos diferenciar tres grandes avances u oleadas.

1.1.1 PRIMERA OLEADA –LEGAL ADVICE AND AID-

Para poder apreciar dicha evolución, se hace necesario recordar muy brevemente su origen. Encontramos sus primeros reflejos en 1495, cuando el Parlamento de Inglaterra aprueba una ley especial para garantizar la asistencia jurídica gratuita y eximir a las personas indigentes de los costos judiciales en procesos civiles ante tribunales del *Common Law*. En ello podemos percibir claramente que su origen tiene un fundamento caritativo, enfocado a garantizar –o al menos reconocer- el acceso a la justicia a las personas con menos recursos.

Así encontramos una primera interpretación del acceso a la justicia -la cual no se ha dejado de lado desde luego- que defiende el acceso como tal, en su interpretación más restringida², es decir, limitándose a asegurar que todas las personas puedan “participar de este juego” sin atender a una posible desigualdad en la aplicación de las normas o el desarrollo en sí de dicho “juego”. Estamos hablando de garantizar la participación en un sistema –de justicia- que ya se encuentra en funcionamiento para aquel sector de la sociedad que pueda costárselo. Se presenta por tanto, como ya se mencionaba, uno de los contenidos más restringidos y pobres de la interpretación del acceso a la justicia, cuya defensa –más allá de lo estrictamente metodológico- se hace compleja ya que la mera “participación” en el sistema no permite alcanzar la *justicia*.

² Teniendo un contenido diferente al concepto de acceso a la jurisdicción utilizado por BACIGALUPO ZAPATER, E. en “*La noción de un proceso penal en todas las garantías*”, Consejo General del Poder Judicial, Derechos procesales fundamentales; Manuales de Formación Continuada 22/2004, p. 4, haciendo en su caso referencia a la tutela judicial efectiva, diferencia que se detallará más adelante.

Debe aclararse sin embargo que de dicha interpretación no se desprende que la simple no obstaculización hasta la jurisdicción permita la satisfacción del derecho, sino que se exige además que el Estado adopte acciones positivas para favorecer el ejercicio efectivo del mismo. De esta manera, y recordando que el origen de esta interpretación tiene un claro componente económico, deberían facilitarse aquellos elementos que permitan hacer efectivo el ejercicio de este derecho como puede ser la asistencia jurídica gratuita –elevando ligeramente el nivel del acceso a la justicia en sentido restringido, pero manteniéndose desde luego en un contenido insuficiente-. Y en este sentido, exigiéndose la adopción de acciones activas con la exclusiva finalidad de dotar de coherencia el acceso a la justicia, puede ya adelantarse que otro de los requisitos inmediatos supone incluir en dicho acceso todos aquellos instrumentos o herramientas básicas que nos permiten permanecer en ese sistema de forma *activa*-. Nuevamente se trata de unos requisitos nimios exigibles cuya finalidad es un mínimo de coherencia en el derecho que se está reconociendo.

Desde esta perspectiva, BIRGIN H. y KOHEN B.³ distinguen diferentes niveles o variantes de este derecho con una fragmentación del mismo que resulta útil tener presente para su comprensión:

- *Acceso propiamente dicho (a)*. Se reduce al acceso al sistema de gestión de conflictos con los apoyos –mínimos- garantizados, como puede ser la asistencia de un abogado. Conlleva la posibilidad de “entrar en el sistema”; de convertir un conflicto de hecho en una controversia jurídica.
- *Disponibilidad de un buen servicio de justicia (b)*, haciendo referencia en este caso a la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial⁴.
- *Posibilidad de sostener el proceso completo (c)*. Supone a fin de cuentas una extensión del primer punto que se destacaba. Con esta aclaración se

³ BIRGIN H. y KOHE B. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Editorial Bibios, Argentina, 2006, pp. 15-17.

⁴ Esta variante podría quizá confundirse con la tutela judicial efectiva, como veremos más adelante.

pretende resaltar la necesidad de que la eliminación del coste como barrera al acceso al proceso se tenga en cuenta durante todo el desarrollo del mismo. Se trataría de una redundancia de darse por satisfecho de forma coherente el primero –carecería de todo sentido posibilitar el acceso a un proceso el cual no va a poder seguirse-.

- *Conocimiento de los derechos (d)*. Es una perspectiva que adquiere tanto peso como la primera ya que sin ésta, no pueden darse los demás.

Hasta aquí podemos reconocer en este derecho una evolución desde su reconocimiento atendiendo principalmente la posible discriminación económica; exigiéndose unos mínimos que permiten exclusivamente “participar en el sistema” desde el inicio hasta el final.

Como ya se ha ido apuntando, reconocer el acceso a la justicia estrictamente desde su concepción restringida carece de sentido ya que no permite llegar a la finalidad del sistema –siendo esto un elemento formal que permitiría colmar de coherencia el derecho como se verá más adelante-. De esta manera, si bien reconocemos que analizando su evolución así como para estudiar posibles vulneraciones se hace necesario distinguir estas diferentes variantes, en este trabajo se hablará de respecto a este primer concepto –restringido- de **acceso «libre» al proceso**, terminología usada por UREÑA CARAZO⁵, que va más allá del acceso como tal. Lo que a lo largo de este trabajo se entenderá incluido dentro de este concepto, lo que se reconocerá como contenido del mismo será, atendiendo a la previa fragmentación de BIRGIN H. y KOHEN B.: el conocimiento

⁵ UREÑA CARAZO, B. *Derechos fundamentales procesales*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p.197. En su caso, puntualiza al acceso *libre* al proceso justificando dicho uso de la siguiente manera “...hemos aludido antes, de forma expresa, a la característica de ‘libre’ al referirnos al acceso al proceso, toda vez que se trata de un derecho de libertad, (...) pues consideramos que, en este caso, estamos ante un derecho absoluto, que no tiene límites, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo”. En esta misma posición se sitúa GIMENO SENDRA, V. en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 524, quien hace hincapié en el reconocimiento de este derecho, más que como derecho fundamental de los españoles, como derecho humano. De esta manera se hace necesario que el acceso al proceso se encuentre libre de obstáculos para « todos » para ejercer el derecho de acción como para el de defensa.

de los derechos (d); el acceso como tal al proceso (a) y la posibilidad de sostener el proceso completo (c).

Se trata desde luego de una interpretación tímida, que dota al *acceso libre al proceso* de un reconocimiento mínimo si su finalidad es alcanzar finalmente el ideal de justicia. De esta manera, si bien a efectos de comprensión se hace necesario delimitarlo de esta manera, no lo es desde luego menos el recalcar que requiere del apoyo y complemento de otros derechos como se verá. Se excluye de su contenido la variante de *disponer de un buen servicio de justicia* (b), entendiendo que corresponde al contenido de la tutela judicial efectiva y dada la lógica que se presenta en este trabajo, mantenerlo en este primer concepto podría llevar a equívoco. Por su parte se mantienen las otras tres variantes reconociendo en las mismas unos mínimos imprescindibles para el acceso al proceso como tal –diferenciado desde luego del acceso a la justicia como se irá viendo- e indispensables para todas de coherencia el mismo.

Se hace necesario en este punto abrir un breve debate para su inmediata aclaración conceptual. No es extraño encontrar la expresión *acceso a la jurisdicción* como sinónimo tanto de acceso a la justicia –acceso al proceso- como de tutela judicial efectiva. Pues bien, aunque posteriormente se fijará ciertos conceptos algo más amplio a fin de poder avanzar de forma clara en la investigación, lo cierto es que no resulta especialmente aclaratorio hablar de *acceso a la jurisdicción*⁶ cuando se está manejando el concepto más restringido de acceso a la justicia, ya que garantiza la simple “entrada al sistema” pero no su participación en condiciones *aceptables* o *razonables* hasta el final. Así, en un primer momento, rechazando la exigencia de posteriores garantías, se hablaría de acceso libre al proceso y únicamente podría reconocerse el acceso a la jurisdicción cuando el sujeto de derecho se encontrara lo suficientemente

⁶ Cabe señalar de nuevo un uso diferente de los conceptos de acceso a la jurisdicción y acceso al proceso por parte de CHAMORRO BERNAL en *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp.18 y ss. al defender que el acceso a la jurisdicción es un paso previo al acceso al proceso, conteniendo el primero unas garantías referentes a la existencia de un cauce procesal y el reconocimiento de ciertas garantías en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Reserva al segundo el desarrollo del proceso, el cual permite finalmente que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada.

protegido para poder participar de forma completa de dicho sistema, de inicio a final, garantizándole las herramientas mínimas para ello –y en este caso se asemejaría más a la tutela judicial efectiva o al debido proceso en sentido formal-. Cabe señalar que esta postura disiente de la mantenida en la doctrina constitucional en la que se equipara el derecho de *acceso al proceso* al de *acceso a la jurisdicción*, reconociéndolo como “*el primer contenido, en orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE*”⁷. Debe admitirse que se trata de una muy sutil diferencia, sin embargo se considera con el término jurisdicción desprende una connotación más activa que el proceso por lo que se defiende como más adecuado el concepto de acceso al proceso siempre y cuando hablemos en sentido restringido del mismo y dada la temática de este trabajo.

1.1.2 SEGUNDA OLEADA –METAMORPHOSE PROCEDURAL-

Siguiendo ya con la evolución del concepto de *acceso libre al proceso*, podemos apreciar nuevamente una evolución que según CAPPELLETTI y GARTH es reconocida como segunda oleada en la que adquieren importancia los intereses difusos⁸. Empiezan así a cobrar importancia la gestión de ciertas cuestiones en las que no es una persona la interesada en el resultado sino un colectivo. Supone un cambio importante en el aspecto más procesal del sistema, insuficiente hasta el momento para atender este tipo de cuestiones, por lo que son muchas las reformas que deben darse. Si bien el enfoque que le da CAPPELLETTI parece tomar cierta distancia con la línea de investigación de este trabajo, no resulta de más dedicarle unos instantes ya que cobra pleno sentido en algunas aportaciones.

Dichos intereses colectivos o difusos⁹ tienen especial relevancia en los derechos sociales, resaltando CAPPELLETTI la importancia del creciente reconocimiento

⁷ Doctrina plasmada, entre otras, en la STC 220/1994, de 30 de junio, FJ3 y STC 251/007, de 17 de diciembre, FJ4.

⁸ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 38.

⁹ Para una comprensión más profunda de la situación y reconocimiento de estos intereses: RODRÍGUEZ PALOP, M.E., “*Los intereses colectivos en el discurso de los Derechos Humanos*”,

de ciertos derechos referidos a grupos, categorías o colectivos como pueden ser los niños, las mujeres, las personas mayores, las personas con discapacidad, las minorías lingüísticas, étnicas, etc. Así, y a la luz de la incapacidad de adecuación del sistema judicial para atender a estos intereses colectivos, defiende que “*un sistema procesal incapaz de proteger la entera categoría contra actos que ilegítimamente dañan la categoría entera, es ineficaz y deja, en efecto, privada de acceso a la justicia a la categoría social en cuestión*”¹⁰. Si bien queda claro que supone una carencia gravísima que el sistema judicial no tenga capacidad para adecuarse al conflicto planteado, para lograr alcanzar plantear posibles soluciones debemos atender al motivo de dicha carencia y ahí es donde cobra especial importancia para el presente trabajo. Como ya se adelantaba, dicha incapacidad se manifiesta en la faceta procesal del sistema cuya configuración no fue creada con objetivo de gestionar conflictos de estas características. Ello puede ser una carencia lógica dada la evolución de las sociedades, siendo estos derechos que nos ocupan *nuevos derechos*. Se convierte sin embargo en una carencia imperdonable cuando el sistema no logra adecuarse o evolucionar, dejando desamparados dichos colectivos, que si bien pueden hacer uso del acceso libre al proceso, no van a obtener de éste una respuesta adecuada ya que su rígida estructura procesal no se lo permite. Se supera por tanto el obstáculo de la pobreza económica, pero se levanta la barrera de la pobreza “organizativa” o estructural.

Entre las diferentes soluciones que pueden ofrecerse¹¹, interesa resaltar una de ellas: las *class actions* estadounidenses. Basta señalar que se basan en el

Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 271-285.

¹⁰ CAPPELLETTI, M., “*La protección de los intereses colectivos y difusos*”, en XIII Jornadas Iberoamericanas de derechos procesal, México, UNAM. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993, pp. 245-258.

¹¹ CAPPELLETTI hace referencia a diferentes soluciones las cuales si bien podrían funcionar, presentan inconvenientes importantes. La primera sería recurrir al Ministerio Público y análogos resaltando el supuesto carácter público de estos derechos. El primero de los inconvenientes es que si bien el interés no es individual en sentido estricto, tampoco es público sino del colectivo que corresponda; el segundo corresponde a la inadecuación del Ministerio Público y análogos en cuestión de especialización de la materia a tratar. Como segunda solución se plantea la creación de nuevos organismos públicos especializados, los cuales no parecen funcionar en cuestión de burocracia, coste y especialmente en independencia de aquellos intereses por los que deben velar. Entre otras soluciones han surgido tanto híbridos como soluciones más radicales –como las acciones populares–, pasando por asociaciones dedicadas especialmente a la salvaguardia de los intereses de determinados colectivos –estas últimas muy comunes en Europa–.

nombramiento de un representante del colectivo afectado, siendo requisito imprescindible formar parte del mismo, y quien hará partícipes en el proceso a todos los afectados por medio de su representación. Esta figura salva algunas barreras formales que bloqueaban los procesos en los que los afectados podía contarse por cientos o miles (como pueden ser las notificaciones), permitiendo al proceso avanzar hasta dar respuesta al colectivo completo. El interés en las mismas, sin entrar en un detalle pormenorizado de su funcionamiento, se debe a que supone una modificación radical en los cimientos formales del proceso – “*métamorphose*” *nécessaire de la procédure civile*¹²-, permitiendo una adecuación total del mismo para poder atender los intereses colectivos o difusos.

En referencia a la línea de investigación que sigue este trabajo, cobra especial importancia reconocer que la estructura del sistema actual responde a un tipo de derechos y conflictos determinados: los reconocidos en el momento de la creación del sistema. Ello no puede ser de otra manera ya que difícilmente puede anticiparse a sucesos venideros. De hecho este trabajo no concluye que el sistema no sea *acceptable*, sino que requiere mejoras para dar realmente por satisfecho el acceso a la justicia. Y en esta misma línea se posiciona HAMPSHIRE al decir que “*Los procedimientos de resolución de conflictos dentro de cualquier Estado siempre han sido criticados, siempre están cambiando y nunca son tan justos y tan rectos como podrían ser idealmente (...) sin embargo...son aceptables (...)*”¹³. Pese a ello, es esencial admitir que el sistema articulado se ha dotado de una fuerte rigidez que si bien permite presumir del mismo de una seguridad jurídica importante –y volveremos a ello más adelante ya que no es un tema baladí-, es actualmente incapaz de responder adecuadamente a todas las cuestiones que buscan amparo en él, lo cual resulta en la negación del acceso a la justicia, y esta vez en un sentido más amplio tal y como se desarrollará en el siguiente punto.

Y es que parece que todos estos conflictos no son rechazados de plano a la entrada del sistema, ni tampoco que puedan faltarles recursos o ayudan

¹² CAPPELLETTI, M., *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la Procédure Civile*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, p. 571.

¹³ HAMPSHIRE, S., *La justicia es conflicto*, Siglo XX de España, Madrid, 2002, p 28.

económicas para llegar al final del proceso, sino que es el mismo proceso el que no logra articular una respuesta adecuada por las características que reúnen los conflictos planteados. No se logra encajar estos conflictos en la estructura del sistema si no es accediendo a una flexibilización de sus formalidades o una remodelación de las mismas.

1.1.3. TERCERA OLEADA –(RE)ENFOQUE DEL ACCESO A LA JUSTICIA-

Finalmente, llegamos a la conocida como tercer oleada en el que se reconoce un nuevo *enfoque del acceso a la justicia*¹⁴, y esta terminología resulta especialmente gráfica ya que no se trata de una modificación sutil en lo que comprende el acceso a la justicia sino que se da un gran salto atendiendo al alcance que debe reconocerse a este derecho. De esta manera se pretende incluir de una forma mucho más real o palpable la esencia del acceso a la justicia, recobrando poder el *ideal de justicia* en la satisfacción del derecho, exigiéndose no solamente en los procesos sino también en cualquier procedimiento que pretenda la gestión de disputas. Se está por tanto fijando la mirada en un punto más elevado; no solamente atendiendo al acceso libre al proceso ni tampoco en las garantías formales del mismo, sino haciendo mayor hincapié en el resultado del mismo.

Uno de los objetivos principales en esta tercera oleada se resume en una revisión de los procedimientos para hacerlos ejecutables, incorporando elemento no siempre jurídicos desde de estos. Igualmente empieza a cobrar importancia, en concordancia a lo expuesto previamente, la adecuación de los procedimientos a las disputas planteadas. En este sentido se pronunciaba SANDER en la famosa llamada conferencia Pound “*1976 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” aludiendo a la necesidad de adecuar el procedimiento de gestión de disputas a cada conflicto que se presente, surgiendo así el concepto de “*multidoor courthouse*” según el cual cada

¹⁴ CAPPELLETTI, M. Y GARTH, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 46.

conflicto se derivaría a la forma de gestión más adecuada¹⁵. Se trata a fin de cuentas de “personalizar” el procedimiento no tanto al conflicto en sí sino al tipo de conflicto para que su gestión sea más adecuada.¹⁶ De esta manera, se diferencian unos conflictos de otros atendiendo a multitud de criterios como pueden ser la necesidad de resolverlo en un tiempo reducido, la relevancia de la relación entre las partes en conflicto, la causa del conflicto, posibles repercusiones del conflicto, etc. Y esto tiene mucho sentido y en algunas justificaciones parece solaparse con los fundamentos de la segunda oleada, en la que se destaca la incapacidad del sistema para adecuarse a nuevas características del conflicto. De esta manera podemos ir ya rescatando de todo lo expuesto previamente que pueden ser dos los motivos por lo que el sistema no logra responder adecuadamente:

- a) Nuevos derechos. En estos nos interesan especialmente, como ya se ha mencionado, aquellos que responden a intereses colectivos o difusos.
- b) Nuevos tipos de conflictos. En este caso no se trata de nuevos derechos –si bien puede coincidir- sino de conflictos que previamente no llegaban a la vía judicial –o lo hacían en una fase diferente-. Esto se debe al progresivo asentamiento del sistema judicial en la vida de los ciudadanos, el cual ha ido cobrando cada vez mayor importancia en la gestión de conflictos, llegando a atender situaciones que en muchas ocasiones no parecen saciarse con las respuestas posibles de articular desde el actual sistema judicial. Se pone de relieve desde esta perspectiva las carencias del sistema para atender algunas características del conflicto planteado. De esta manera, si bien se obtiene una respuesta que cumple con todas las garantías del sistema, ésta no logra alcanzar los importantes matices del conflicto planteado.

¹⁵ SOLETO H., CARRETERO E., RUIZ C., *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 33.

¹⁶ Si incluimos esta perspectiva del acceso a la justicia, estamos vinculando la obtención de justicia a la efectividad. Cabe señalar que es necesario diferenciar la efectividad de las decisiones en sí de la efectividad de la ejecución de las decisiones.

Con esta nueva interpretación del *acceso a la justicia* parece darse por superado el *acceso libre al proceso*, en el que la atención se centraba en alcanzar la jurisdicción -en su concepción más simple o pobre- escapándose de esa estricta definición la gestión en sí del conflicto planteado. Por lo contrario, este *acceso a la justicia en sentido amplio* no contempla solamente los niveles anteriores, sino que además fija su objetivo más allá del acceso al sistema, añadiendo entre sus exigencias una atención más adecuada a los conflictos planteados en la respuesta dada.

Llegar finalmente a este punto podría parecer una pequeña victoria, alcanzando un lugar privilegiado en el que presuponemos tener una visión completa del acceso a la justicia: sabemos cómo hemos de iniciarlo y dónde debemos llegar. Sin embargo, se trata de una simple declaración de buenas intenciones, un reconocimiento estrictamente material sin cabida en la perspectiva formal del acceso a la justicia, ya que parecen esfumarse los extensos listados de garantías que suele acompañar a los derechos en este caso.

Hasta aquí solamente observamos garantías en el acceso en sentido restringido, pero nada nos permite asegurar la adecuación formal del sistema para alcanzar una respuesta adecuada a todos los conflictos que pueden plantearse ante él.

Para abordar esa cuestión, se hace necesario delimitar primero otros conceptos interrelacionados que nos permitan identificar con mayor exactitud en qué punto debemos o podemos implementar mejoras.

1.2 OTROS CONCEPTOS QUE COMPLEMENTAN EL CONTENIDO DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Como se decía, se ha recorrido hasta aquí un camino importante que más que definir el contenido y alcance del acceso a la justicia, nos permite enfocar la mirada hacia la dirección adecuada. Sin embargo ello queda lejos del objetivo que se planteaba inicialmente. El concepto antes expuesto se nutre de otros, tanto en su perspectiva material como en la formal, permitiendo perfilar algunas

características antes mencionadas así como asegurar otras desde sus facetas más formales y garantistas. Es por ello que procedemos a adentrarnos en el contenido de dos conceptos, buscando en ellos complementar o aclarar algunas facetas del acceso a la justicia que hasta ahora han podido quedar plasmadas de manera más abstracta: el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

1.2.1 TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El concepto de tutela judicial efectiva es a menudo utilizado como sinónimo de acceso a la justicia. Pese a ello, si bien es posible encontrar en ellos campos de coexistencia o solapamiento, existen algunas limitaciones en ambos conceptos que no permiten reconocerlos como sinónimos desde la posición defendida en este trabajo.

Ya desde un primer momento se puede destacar el carácter judicial de este concepto. Y ello cobra aún más importancia cuando se contemplan las diferentes terminologías usadas para hacer referencia a este concepto encontrado en todas ellas la reiteración de su carácter judicial o jurisdiccional. En referencia a ellos resulta interesante resaltar que la Constitución Española no menciona en su enunciado la tutela judicial o jurisdiccional efectiva, sino solamente la tutela efectiva. Y dicha aclaración no es necesaria, ya que en el mismo artículo indica que la misma se obtendrá de jueces y tribunales, resaltando en ese punto de carácter jurisdiccional. Valga destacar por ahora que la necesidad de plasmar ya en el mismo concepto dicha característica nos ayuda a situarlo en el ámbito del proceso, excluyéndose por tanto los procedimientos.

La tutela judicial efectiva encuentra su origen en la Europa Continental y no resulta complejo situarla de forma genérica, en el sistema español, en el artículo 24 de la Constitución Española, siendo ésta -en la Constitución de 1978- su primera referencia expresa.

Dicha tutela nace como consecuencia de la interdicción de tutela privada junto con la prohibición de la indefensión, mencionada esta última en el 24 CE¹⁷. Se atisba en este punto una evolución en la gestión de los conflictos, reservando al Estado el monopolio del uso de la fuerza para la resolución de disputas, descartando así la legitimidad de la autotutela de forma general, alternativa reconocida por un amplio sector como la forma más primitiva de gestión de conflictos. Sin embargo cabe destacar que dicho monopolio por sí mismo no conlleva la necesidad de reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva –si bien cargar todo el peso en la necesidad de un segundo elemento sería una apología de la frustración e injusticia ciudadana, careciendo además de todo fundamento la primera prohibición- sino que surge de la prohibición de indefensión¹⁸, por lo que hace exigible la acción de un tercero, en este caso el Estado, para la tutela del conflicto. Se trata por tanto de la articulación de una medida necesaria para garantizar la defensa de los derechos e intereses legítimos de toda persona.

Con el objetivo de discernir el contenido de la tutela judicial efectiva, interesa en primer lugar situarla en este gran mapa conceptual que estamos creando. Como se adelantaba, su propio nombre ya nos destaca una característica esencial para delimitar su contenido, y es que su fuerza normativa se restringe a los procesos jurisdiccionales. Su desarrollo puede por tanto observarse únicamente en los últimos, quedando al margen de este privilegio los procedimientos que se den fuera de un proceso –judicial-.

Situados pues en la tutela por parte del Estado de la gestión de conflicto, podría entenderse que *“... es el derecho de todo sujeto de derecho que le permite exigir a los órganos jurisdiccionales del Estado o de la comunidad internacional (...) que haga efectiva su función jurisdiccional, es decir, que ejerzan jurisdicción eficaz y oportuna a través de un proceso (...)”*¹⁹. Planteado de esta manera no

¹⁷ CORDÓN MORENO, F., “El derecho a obtener la tutela judicial efectiva” en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada, nº22, 2004, CGPJ, p.587.

¹⁸ Es de hecho lo que reconoce la CE en su artículo 24.1, enunciando que *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

¹⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, B., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001, p. 50.

parecería desacertado recurrir al concepto manejado por BACIGALUPO ZAPATER, de *acceso a la jurisdicción*²⁰ el cual ya se diferenciaba al inicio del acceso libre al proceso. De la misma manera que se hizo previamente, en este caso se opta por no recurrir a dicha terminología -asumiendo que se trata de una postura ciertamente atrevida- pues se entiende que supone una exigencia muy pobre a la tutela judicial efectiva, reduciendo a una formalidad excesiva la tutela jurisdiccional y esperando poco de su alcance. Así, parece necesario exigir una actitud activa de la jurisdicción en la tutela de los derechos presentados ante el sistema, sin aceptar la visión de un sistema automatizado que pueda funcionar simplemente desde premisas formales plateadas *a priori*. Conviene en este punto aclarar que, siguiendo un razonamiento similar, ciertos autores defienden que añadir el adjetivo “efectiva” al concepto de tutela resulta redundante si la tutela jurisdiccional se aplica de forma correcta. Sin embargo uno de los puntos centrales de esta investigación recae justamente en resaltar un fallo en la efectividad de la herramienta de uso mayoritario en la gestión de conflictos que es la judicial, por lo que no se considera de más resaltar la necesidad de su eficacia para entenderse por cumplida.

Volviendo al contenido de la tutela judicial efectiva, y con intención de indagar con mayor detalle en este concepto, podemos recurrir a las palabras de GIMENO, que reconoce el derecho de acción como un derecho fundamental *“que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto.”*²¹. Se trata de una definición compleja por la mención a diferentes elementos que conllevan a su vez un nuevo debate.

²⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal en todas las garantías”, Consejo General del Poder Judicial, Derechos procesales fundamentales; Manuales de Formación Continuada 22/2004, p. 4.

²¹ GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., y DÍAZ MARTÍNEZ M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 523 y ss.

Sin embargo, pueden diferenciarse en dicho enunciado fases de la tutela judicial efectiva en sentido amplio incluyendo en esta definición:

- El derecho de acceso libre al proceso. Lo hace refiriéndose al acceso a la justicia restringido, el cual se hace necesario exigir para poder acceder a la tutela judicial efectiva. Sería por tanto un paso previo a la tutela judicial en sentido estricto.
- El derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la obtención de una sentencia de fondo, fundada y congruente, y el derecho a la ejecución de la sentencia. Siendo estos tres derechos diferentes elementos de la tutela judicial efectiva en sentido estricto.

Si bien a efectos de metodología tenga pleno sentido distinguir la tutela judicial efectiva tal y como se ha enunciado hasta ahora –en sentido restringido-, a efecto de coherencia no puede sino reconocerse el acceso libre al proceso como primer paso de la tutela judicial efectiva –sin tener mayor relevancia práctica si éste se encuentra dentro de la tutela judicial efectiva o como paso previo a la misma-. De la misma manera que en un inicio se incluía en ese mismo concepto la exigencia de preservar la posibilidad de disfrutar del desarrollo completo del proceso –desde el inicio, hasta su fin- y no solamente el acceso a la jurisdicción, apoyándose dicha afirmación en un razonamiento de reducción al absurdo al separarlos el uno del otro, no podemos más que entender que el acceso libre al proceso es el primer nivel de la tutela judicial efectiva, el cual no puede darse sin la protección de la segunda. Así se entiende el orden seguido por UREÑA CARAZO²², GIMENO SENDRA²³ o CHAMORRO²⁴ al trabajar el concepto de tutela judicial efectiva, mencionando el acceso libre a proceso, el acceso a la justicia y acceso a la jurisdicción respectivamente.

De esta manera nos encontramos nuevamente con un concepto que puede entenderse de una manera más o menos amplia, pero que a diferencia del

²² UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p.197.

²³ GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., y DÍAZ MARTÍNEZ M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 524.

²⁴ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p.18.

acceso a la justicia, se mantiene en el ámbito formal y aplicándose únicamente a los procesos.

Desde esta perspectiva interesa profundizar en las garantías procesales -que se nutren de las exigencias del debido proceso material como se comprobará más adelante- que son las siguientes:

a) El derecho a un proceso con todas las garantías. Este derecho, permite asegurar un proceso *justo*, es decir, aseguraría la justicia *en* el desarrollo del proceso. Para muchos autores resulta sencillo reconocer dichas garantías en el segundo apartado del artículo 24 de la Constitución Española. En este sentido se pronuncia GIMENO SENDRA²⁵, quien entiende que en el primer apartado se reconoce el derecho de acceso, y en el segundo se diferencian las garantías necesarias para su efectivo disfrute.

b) El derecho a la obtención de una sentencia de fondo, fundada y congruente. Aunque este derecho pudiera parecer nos acercara al concepto de acceso a la justicia articulando o aspectos formales con intención de acercar la resolución al ideal de justicia conviene analizar con mayor detalle los conceptos que reúne para comprobarlo.

i. En primer lugar se da la exigencia de obtener una decisión judicial lo cual pone fin al proceso. Dicha exigencia no se encuentra ligada desde luego a obtener una respuesta favorable y ello principalmente porque la misma debe darse atendiendo a unos criterios concretos que marcan ineludiblemente su contenido. Lo que sí se hace exigible es que dicha resolución sea de fondo, es decir, sobre la cuestión controvertida que se haya planteado. Además de ello, se exige que la resolución sea congruente, y en este caso se restringe sobre aquello sobre lo que es oportuno debatir²⁶.

ii. En segundo lugar esta decisión ha de ser motivada y acorde a Derecho. De esta manera, las resoluciones judiciales han de “*contener los elementos y*

²⁵ GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., y DÍAZ MARTÍNEZ M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p.601.

²⁶ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 211, hace referencia a “*dar lo no pedido o dar más de lo pedido, es decir, siempre por exceso*”.

*razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterio jurídicos que fundamenta la decisión y, además, que estén fundadas en Derecho, lo que es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad*²⁷.

Se reclama en primer lugar que dicha decisión se encuentre fundada en Derecho, lo cual se hace exigible por el principio de legalidad, con vistas a garantizar principalmente la no arbitrariedad de las mismas. En este sentido menciona DE ASÍS ROIG que el principio de legalidad, *“además de su sentido general de sometimiento al Derecho, posee dos grandes proyecciones. La primera repercute en el ámbito de la creación de normas y la segunda en su aplicación. Así, la proyección del principio de legalidad en el ámbito de la creación de normas supone una prohibición de elaborar normas contradictorias con el Derecho. Por su parte, la proyección del principio de legalidad en el ámbito de la aplicación supone, además, la prohibición de parcialidad y de arbitrariedad racional (es decir, la exigencia de motivación racional e imparcial)”*²⁸.

Íntimamente conectado con esta primera exigencia, y reflejándose ya en las últimas líneas mencionadas se hace necesaria una motivación de la decisiones, que permiten el control de la primera exigencia. De esta manera, dicha motivación, la cual viene establecida en el artículo 120.3 de la CE, refleja la necesidad de una argumentación lógica y coherente en la aplicación de las normas. Esta ha sido relacionada en numerosas ocasiones por la doctrina constitucional con la idea de presentar una decisión judicial “razonable”. Sin embargo es importante mencionar que en este caso se habla de coherencia en la argumentación y en la aplicación de las normas al caso, por lo que parece más apuntar a una idea de racionalidad que de razonabilidad²⁹ dado que esta se mueve dentro de unos márgenes relativamente limitados y atiene a unos criterios determinados. Y ello parece clarificarse aún más cuando se apunta que “no

²⁷ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 255.

²⁸ DE ASÍS ROIG, R., *“El juez y la motivación en Derecho”*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2005, p.41.

²⁹ CHAMORRO BERNAL, F., en *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 203, ya apunta que dicha diferencia no es baladí en los siguientes término: *“...la interpretación aplicación de las leyes tiene normalmente varias opciones mientras esas varias opciones se muevan dentro del campo de la racionalidad o de la razonabilidad, el TC no puede inmiscuirse en ellas, incluso aunque pueda creer que una interpretación es más razonable que otra”*.

existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, sino que debe considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que contengan, en primer lugar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterio jurídicos esenciales fundadores de la decisión (es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella) y, en segundo lugar, (...) una fundamentación en Derecho”³⁰. Se trata a fin de cuentas de permitir la comprensión del razonamiento lógico seguido hasta alcanzar la respuesta judicial dada, siendo por tanto una herramienta de control–ejercicio de aplicación racional de las normas-.

Son por ello dos exigencias que se nutren la una de la otra para su existencia. Resulta especialmente importante resaltar que estas exigencias de motivación y coherencia se refieren exclusivamente a la aplicación de normas y la motivación de la misma y por tanto podemos reconocerlas como garantías formales; que atienden a una interpretación y aplicación racional de las normas a la cuestión planteada –lo cual difiere del análisis que podría hacerse acerca de la razonabilidad de la respuesta dada al caso concreto, o su razonabilidad a efectos de gestionar el conflicto de hecho planteado-.

C) El derecho a la ejecución de la sentencia. Nuevamente nos encontramos con una garantía necesaria para la coherencia de la tutela judicial y que, especialmente en este caso, permite reconocer la misma como *efectiva*. Así se hace exigible que los órganos jurisdiccionales tomen aquellas medidas que se estimen necesarias para hacer cumplir lo sentenciado; para ejecutar la resolución judicial. Dado que se está planteando una controversia en el que entendemos que las partes en conflicto han solicitado el auxilio del sistema judicial para poner fin a ella, tiene plena lógica que sea el mismo sistema el que no dé por terminada su labor hasta hacer cumplir lo resuelto. De esta manera entendemos que la tutela no termina con una resolución sobre el fondo, motivada y acorde a Derecho, sino que también ha de hacerse cumplir.

³⁰ STC 94/2007, de 7 de mayo.

Reconocida de esta manera la tutela judicial efectiva, rescatamos de ella elementos estrictamente formales, garantías procesales que apoyan el concepto de acceso a la justicia desde la perspectiva adjetiva o formal. Nos permite llevar a la práctica lo predicado por el acceso a la justicia manteniéndonos siempre en el proceso (quedando por tanto fuera de todo ello los procedimientos).

1.2.2 DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene origen anglosajón y lo reconocemos en el *Due Process of Law*. Pese a ello guarda una estrechísima relación con la tutela judicial efectiva si bien parecen existir ciertos matices que deslindan un concepto del otro³¹ y que hacen necesario reconocerlos como dos términos diferentes nuevamente. Para poder detectarlas, se hace necesario definir brevemente el concepto de debido proceso.

Resulta relativamente común encontrar en diferentes autores una diferenciación entre el debido proceso material y el formal atendiendo cada uno a una faceta distintiva del debido proceso si bien complementarias la una de la otra.

A) EL DEBIDO PROCESO MATERIAL -SUSTANTIVO-.

El debido proceso material, sustantivo o sustancial –*substantive due process*- es para BUSTAMANTE ALARCÓN un patrón de justicia, una exigencia de razonabilidad de las normas, actos administrativos y sentencias con los valores superiores exigiendo así “*que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (...)*”.³² Esta definición resalta su carácter

³¹ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 3 y ss. El diferente origen de ambos conceptos es destacado por CHAMORRO BERNAL, entendiéndolo que difiere por completo el prisma desde el cual debemos estudiarlos y el alcance que puede pretenderse de cada uno de ellos, idea que se comparte en este trabajo.

³² BUSTAMANTE ALARCÓN, B., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001, p. 48. Resulta indispensable resaltar, como ya se ha hecho previamente, que hasta ahora se habla de razonabilidad *en* el proceso; se exige una

fuertemente material, lo cual se repite en la mayoría de las definiciones que pueden encontrarse, indistintamente de los matices que puedan aportar cada uno de los autores y autoras.

Un recurso reiterado en la definición del debido proceso material es su distinción con la *tutela judicial efectiva*, lo cual resulta de ayuda para definir sus límites. De esta manera se expresa GÓMEZ LARA entendiendo que “...*el Debido Proceso Legal –que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial –es a su vez una garantía de una Tutela Judicial Efectiva; y ello, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.*”³³ Al manejar el concepto de debido proceso legal, atiende al debido proceso material como elemento de apoyo necesario para erigir una tutela judicial efectiva coherente sobre dicha base; de esta manera podría entenderse que el debido proceso material es quien guía los pasos de la tutela judicial efectiva, siendo el fundamento de la misma. Habla por ello de la necesidad de coherencia con la finalidad del proceso judicial –alcanzar una decisión judicial con todas las garantías procesales-, que no es otra que la que se desprende del enuncia del debido proceso sustantivo.

Puede decirse de esta manera que las exigencias establecidas dentro de este concepto impregnan el proceso o procedimiento de justicia, lo cual permite obtener unas decisiones con todas las garantías ya estudiadas, reconociendo esta faceta del debido proceso con un contenido expansivo³⁴, dotándolo de la capacidad de alcanzar todos aquellos derechos relacionados con la justicia. Nuevamente, y de forma muy similar a lo que sucedía previamente con el concepto de *acceso a la justicia* en sentido amplio, nos encontramos con una exigencia de alcanzar el *ideal de justicia* lo cual debe obligatoriamente traducirse en unas garantías en aras de asegurar su efectividad. Podría incluso

razonabilidad de sus normas acorde a los valores superiores. A fin de cuentas se exige una coherencia del mismo, de su desarrollo. Diferente es la razonabilidad *del* proceso, cuyo punto de interés sería su resultado, momento en el cual cobraría por tanto importancia no tanto el desarrollo –si bien es resulta indispensable como garantía previa- sino el resultado obtenido.

³³ GÓMEZ LARA, C., “*Debido proceso como derecho humano*” en la obra colectiva: GONZÁLEZ, N., (Coordinadora): “Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T.II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2006, p.345 y 346.

³⁴ UREÑA CARAZO, B. *Derechos fundamentales procesales*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 215.

reconocerse como mecanismo de control de coherencia de todo aquel procedimiento –incluyendo por tanto el proceso- que pretenda restaurar la justicia.

Todo parece indicar en este concepto la complejidad radica en conocer su alcance; cuáles son las posibles aspiraciones y su conexión con el lado formal del debido proceso para llegar a palpar en la gestión de conflictos.

Si bien el debido proceso material puede presumir de exigir una razonabilidad tanto de las normas como del uso de las mismas por el legislador, la administración o los órganos jurisdiccionales, ello no parece alcanzar la conexión entre la decisión y su aplicación al caso concreto manteniéndose en el desarrollo del proceso o procedimiento –lo cual desde luego permite facilitar, aunque sin asegurar, que la conexión destacada sea razonable-.

Este modesto alcance queda claramente de manifiesto cuando dicha razonabilidad de las normas y los actos administrativos o resoluciones judiciales se exige únicamente hacia los valores superiores³⁵. En sintonía a esta perspectiva se pronuncia GUTIÉRREZ CAMACHO que establece que “...el concepto de razonabilidad descansa en la premisa de que el derecho es un sistema, una estructura y como tal todas sus partes debe estar en sintonía, en una relación de autodependencia. Todo sistema reclama una lógica, un sentido, una discrecionalidad a la que se enderezan sus partes; pues bien, respetar el principio de razonabilidad sugiere que no se transgreda ese sentido, esa lógica ni en lo formal ni en lo sustancial. (...) Se altera en lo sustancial cuando el contenido material de los actos de poder se encuentran divorciados con el repertorio mínimo de valores que consagra la Constitución; deviene entonces, ese acto en injusto”³⁶. Toma especial importancia la idea de Derecho como sistema, y la necesidad de coherencia de toda resolución judicial con los valores

³⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso”, en Proceso & Justicia, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000, p. 13.

³⁶ GUTIÉRREZ CAMACHO, W., “La razonabilidad de las Leyes y otros Actos de Poder” en : Diálogo con la Jurisprudencia, Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial, Año I, nº1, Gaceta Editores, Lima, 1995, pp.41-53.

superiores. No es desde luego una apreciación falta de importancia para seguir avanzando y acercándonos al ideal de justicia ya que *“Gracias a esta estructura normativa, no sólo las resoluciones judiciales sino también las leyes son virtualmente excepcionables como inválidas, cuando se entiende que entran en conflicto con normas superiores.”*³⁷. Se trata por tanto de un nuevo control de razonabilidad, aplicadas las normas pertinentes, pero esta vez hacia los valores superiores; podría reconocerse por tanto como un doble control, siendo el segundo de razonabilidad del sistema. El debido proceso material permite de esta manera un control más allá del estricto cumplimiento ordenado de todo proceso o procedimiento³⁸, acorde a todas las garantías procesales, exigiendo además que el resultado obtenido pase por un último control de razonabilidad con mencionados valores de la norma suprema. Para FERRAJOLI, *“de ello se deriva también una específica función de la cultura jurídica: en un estado de derecho con Constitución rígida, jueces y juristas están institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, reformadores de profesión, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo.”*³⁹. Con ello queda nuevamente patente que el sistema normativo requiere de otro tipo de controles

³⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p.695. Añade el autor que *“De ello se deriva (...) una disociación estructural entre vigencia y validez, que permite la crítica y la censura internas de las leyes vigentes consideradas inválidas, y que constituye, al mismo tiempo, el rasgo característico del «estado de derecho y la razón de su latente y difusa ilegitimidad jurídica.»*

³⁸ Resulta interesante atender una puntualización que realiza BUSTAMANTE ALARCÓN en *“El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso”*, en *Proceso & Justicia*, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000, p.10. Como nueva perspectiva del enfoque del debido proceso material que se ha reflejado en este trabajo, trae a colación que éste *“también ha sido utilizado por la jurisprudencia estadounidense para establecer un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y los poderes del Estado para legislar sobre aspectos con una importante connotación moral, así como para tutelar el derecho de cada individuo a tomar decisiones significativas, así como para su desenvolvimiento personal sin mayor injerencia externa”*. Con ello realmente hace referencia a la necesidad de reconocer que el *due process of law* va más allá de un proceso razonable, requiriendo un nuevo control de las decisiones cuando en ellas se contengan elementos de connotación moral importantes en los que no parece razonable que los órganos jurisprudenciales se pronuncie de forma excesivamente detallada. De esta reflexión se desprende ya la imposibilidad del sistema para ofrecer una respuesta razonable sobre cuestiones que, efectivamente, han sido presentadas antes órganos jurisdiccionales por voluntad de las partes en conflicto. Sin embargo, dadas las características especiales de ciertas cuestiones que no pueden dejadas de lado, se exige una flexibilidad de la estructura del sistema para poder ser atendidas de forma adecuada.

³⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 695 y 696.

que le permitan adecuarse al cambio constante de la sociedad, que difícilmente puede darse sin mayor flexibilidad en el mismo.

Pese a todo lo expuesto, y reconociendo que no es poco el alcance del debido proceso material, éste parece mantenerse en un análisis de la razonabilidad del proceso y sus decisiones, sin lograr alcanzar la razonabilidad de las decisiones con las consecuencias de las mismas en la gestión del conflicto –de hecho-.

B) EL DEBIDO PROCESO FORMAL –ADJETIVO-.

Desde esta perspectiva del debido proceso es desde la cual puede observarse su faceta más procesal, más palpable. Recoge los recaudos formales de trámite y procedimiento, las garantías procesales que deben exigirse para la protección de los derechos fundamentales⁴⁰. Puede denominarse debido proceso formal, adjetivo o procesal, corresponde al *procedural due process* y vela por el cumplimiento en la forma de lo que reconocemos como *debido proceso material*. Se extiende por tanto a todos los procedimientos y no solamente a los procesos, ya que responde al patrón ofrecido por el debido proceso material que embebe la totalidad de lo que reconocemos como debido proceso.

Como viene sucediendo en todos los intentos de delimitación de conceptos previos, se encuentran nuevamente posturas que parecen reconocer solapamientos entre unos y otros. De esta manera BUSTAMANTE ALARCÓN diferencia dentro del debido proceso formal dos vías diferentes:

- i. Derecho *al* proceso. En esta vía recoge tanto el acceso al proceso como la tutela judicial efectiva y diferenciada. Así, para garantizar este derecho exige el ya mencionado acceso libre al proceso y, a su vez una tutela judicial no solamente efectiva sino también diferenciada. En cuanto a la primera –efectiva- recurre al uso más

⁴⁰ LANDA C., *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 193 y ss.

común que supone equipararla a la ejecución de las decisiones. De esta manera se requiere que la resolución que pone fin al proceso no sea una mera declaración de intenciones, sino que la tutela judicial no finaliza hasta que no haga cumplir lo enunciado. A ello suma que la tutela judicial debe ser *diferenciada*, y ello es un paso que queda muy ligado al concepto que se defiende en este trabajo de *acceso a la justicia* en sentido amplio –o acceso a la justicia-. Se exige de tal manera que la tutela resulte adecuada “*para solucionar o prevenir de forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento*” ⁴¹. Es necesario en este caso aclarar que se es consciente que no es en este caso la intención del autor resaltar de forma claramente diferenciada el concepto de conflicto del de incertidumbre jurídica, pero lo cierto es que en esta relación radica un elemento esencial de la tutela efectiva y diferenciada, lo cual se retomará con detalle más adelante. Por ahora valga decir que vuelve a mencionarse que la decisión ha de cumplir con su cometido, dándose sobre el fondo de la cuestión, de forma motivada y congruente, así como tomando las medidas oportunas y particulares para que se ejecute.

- ii. Derecho *en* el proceso. En el que cabe un debate centrado en la necesidad de alcanzar una sentencia razonablemente justa, haciendo el autor referencia a una justicia material y objetiva de las resoluciones, reduciendo estas cuestiones al cumplimiento de lo ya mencionado en el debido proceso material.

De esta manera, si bien puede establecerse una división diferente según la perspectiva desde la cual se esté analizando el concepto, lo cierto es que en el debido proceso formal vienen a plantearse unos debates muy similares a los que

⁴¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “*El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso*”, en *Proceso & Justicia*, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000, p. 14.

encontramos en la tutela judicial efectiva, todo ellos impregnados por exigencias del debido proceso material.

De esta manera puede afirmarse que, en coherencia con lo advertido previamente, el debido proceso envuelve la tutela judicial efectiva y, aún más, el debido proceso formal coincide en gran parte con lo que viene siendo la tutela judicial efectiva si bien el primero goza de una amplitud mayor al poder alcanzar en algunos aspectos –tanto materiales como formales- el desarrollo no solamente de procesos sino también de procedimientos, lo cual escapa a la tutela judicial efectiva.

2. HACIA UN CONCEPTO AMPLIO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Hasta aquí se han presentado diferentes conceptos relacionados con el acceso a la justicia, tanto desde una perspectiva material como formal. Se ha podido observar que los tres conceptos estudiados -acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso- pueden solaparse en algunas cuestiones según se analicen desde su concepción amplia o restringida sin perder en ningún caso el objetivo o finalidad común: acceder al ideal de justicia.

Sin embargo, el presente trabajo pretende cuestionar el alcance que podemos o debemos esperar del acceso a la justicia y para dicho estudio se hace necesario marcar un orden y definir, en la medida de lo posible, los límites de cada concepto. No cabe duda que para ello, el conocer el contenido de lo que entendemos por debido proceso y tutela judicial efectiva brinda una gran ayuda en esta tarea.

De esta manera, en este apartado se tratará de presentar en primer lugar el contenido y alcance del acceso a la justicia desde una perspectiva amplia, introduciendo en ellos todos los matices que se ha podido ir rescatando. A partir de ese resultado, se tratará de rescatar posibles carencias que parecen frustrar ciertos enunciados materiales del acceso a la justicia. Finalmente se ahondará en nuevas dimensiones del concepto amplio de acceso a la justicia: se dedicarán primeramente extensas líneas a la motivación de las decisiones judiciales, que parecen acercarnos al cumplimiento las exigencias que se derivan del enfoque de acceso a la justicia antes expuesto; seguidamente se presentarán algunos elementos a tener en cuenta a la hora de analizar la accesibilidad y eficacia de lo planteado.

2.1 CONTENIDO Y ALCANCE

El estudio previo permite afirmar que los tres conceptos estudiados contienen características distintivas pero difícilmente justificables de manera independiente. Se trata por tanto de reconocer aquellas parcelas que se

reconocen como exclusivas de cada concepto y aquellas en las que el solapamiento de algunos matices permite la articulación de todos ellos hasta llegar finalmente a reconocer el acceso a la justicia propiamente dicho. Esta es la finalidad de la siguiente reflexión que, a modo de mapa conceptual, pretende arrojar algo más de luz sobre la intensa interacción del acceso a la justicia con el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El **acceso libre al proceso** representa el primer paso hacia la justicia. Recoge unas exigencias mínimas para poder “iniciar el juego”, abre la puerta al sistema y por coherencia no pueden excluirse del mismo el conocimiento de los derechos, el acceso como tal al proceso y la posibilidad de mantenerse en el mismo como unos mínimos imprescindibles. A efectos de evitar confusiones idealistas, se hace necesario recurrir a un término más restringido que acceso a la justicia, siendo simplemente en este caso un acceso –libre- al proceso ya que el mismo, de por sí, no permite desde luego acceder a la justicia –como ideal-. Sin negar que su cumplimiento condiciona inevitablemente alcanzar el derecho a la justicia en sentido amplio, se considera insuficiente por sí mismo.

Posteriormente, y siguiendo un orden cronológico, se presenta tras éste la **tutela judicial efectiva**, siempre dentro de los procesos jurisdiccionales. Debe quedar clara la diferenciación entre acceso libre al proceso y tutela judicial efectiva, si bien el reconocimiento del uno sin el otro carece de sentido. Mientras el primero asegura la entrada en el sistema, el segundo ofrece las garantías necesarias para un desarrollo justo del mismo – si el acceso libre al proceso es condición necesaria para solicitar la tutela judicial efectiva, no pueden tener el mismo contenido pese a su estrecha relación-. La finalidad de la tutela judicial efectiva se limita por tanto a velar desde la perspectiva formal que el proceso –judicial- se desarrolle de inicio a fin bajo el estricto control de unas garantías procesales, que le son dadas o fundamentadas por los enunciados del *debido proceso material*. Por su parte el **debido proceso formal** logra entrelazarse con la tutela judicial efectiva, sin perder su repercusión en los procedimientos. De esta manera, el *debido proceso formal* recoge garantías, que vienen dadas del debido proceso material como recientemente se mencionaba, estructurando los

procedimientos y procesos de manera que puedan reconocerse como *justos* o *razonables* en su desarrollo. Cuando lo haga dentro del proceso, se llamará tutela judicial efectiva, cuando se de en procedimientos, mantendrá su nombre de debido proceso formal⁴².

Encontramos “por encima” de todos estos conceptos el de ***debido proceso material*** y es que puede afirmarse que este impregna todos los anteriormente mencionado, impulsándolos y dirigiéndolos hacia el ideal de justicia. Si el debido proceso formal atendía la razonabilidad del desarrollo del proceso por medio de sus garantías procesales, el material vela, además, por la razonabilidad del resultado del mismo. De esta manera se denominaba como doble control de razonabilidad, el que exige que toda decisión no entre en contradicción por los valores superiores del sistema.

Faltaría por último abordar compleja diferenciación: el debido proceso sustantivo y ***acceso a la justicia*** -en sentido *amplio*-. Cuando se habla de *debido proceso material* se hace referencia directa a la exigencia de una traducción en lo formal de una coherencia, una línea lógica en el desarrollo del proceso o del procedimiento para alcanzar una respuesta *justa* o *razonable* a ojos de los valores superiores del sistema. De esta manera, el debido proceso sustantivo parece centrar sus esfuerzos exclusivamente desde un prisma estructural –aun en sentido amplio-, cobrando especial importancia o bien fundamentando todo su desarrollo a su pertenencia a un sistema normativo.

Realizando una comparación con el *acceso a la justicia* en sentido amplio, podría considerarse este último si cabe más amplio, valga la redundancia, ya que incluye todas aquellas fases formales y materiales anteriormente expuesta, reconociéndose por satisfecho no en el momento de la decisión judicial sino en un momento posterior de control de la adecuación de la decisión al caso concreto. De esta manera el debido proceso material difiere del acceso a la justicia en cuanto el primero de limita a exigir dicha razonabilidad del propio

⁴² Cabe destacar que el uso del término “proceso” dentro de este concepto puede llevar a confusión, ya que como se ha mencionado reiteradas veces, no solamente actúa dentro del proceso sino también en los procedimientos.

sistema, o si se quiere, del proceso o procedimiento y del resultado de los mismos –reflejados en la decisión- con los valores superiores del sistema.

El debido proceso en sentido material fundamenta por tanto las exigencias del debido proceso formal atendiendo especialmente al desarrollo del proceso o procedimiento como herramienta para alcanzar la justicia (dentro del cual tiene presente el acceso libre al proceso como requisito previo y necesario al proceso, y la decisión como fin del proceso). El acceso a la justicia en sentido amplio coincide en todo lo expuesto previamente, difiriendo únicamente su mayor interés en la adecuación de la resolución al caso concreto. Es una diferencia extremadamente sutil que no se distingue en el enfoque de ambos conceptos sino en el peso que marca cada uno en una fase o en otra de todo ese camino que realizan juntos hacia el alcance del ideal de justicia. Ello sin embargo si define un alcance diferente entre ambos conceptos siendo más amplio el del acceso a la justicia.

Como buen reflejo de estas sutiles diferencias, resulta de interés traer a colación las palabras de GÓMEZ LARA para quien el acceso a la justicia –en sentido amplio- debe reconocerse no como una categoría lógico jurídica sino como un *“concepto ideológico y sociológico y se centra en la preocupación de que los justiciables⁴³ puedan llegar a ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos de impartición de justicia (...)*”⁴⁴ asegurando para ello, lo que podríamos reconocer catalogadas previamente como garantías de un debido proceso –formal-. De esta manera eleva el acceso a la justicia a un concepto ideológico - pudiendo asemejarlo al concepto que se presentaba previamente como *acceso a la justicia en sentido amplio*, coincidiendo con la línea que se sigue en este trabajo- que justifica la necesidad de ciertas garantías formales.

⁴³ Uso del concepto “justiciables” nada compartido por MONTERO AROCA, J., en *Derecho Jurisdiccional. Parte general*. 21ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 113, cuya crítica se comparte en este trabajo.

⁴⁴ GÓMEZ LARA, C., “*Debido proceso como derecho humano*” en la obra colectiva: GONZÁLEZ, N., (Coordinadora): “Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T.II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2006, p. 353.

Se desea destacar que esta conclusión surge del manejo de muy sutiles matices en los conceptos manejados a lo largo de este debate⁴⁵, que si previamente parecían hacer referencia a delimitaciones de importancia menor, relevan en este punto que pueden conllevar conclusiones algo más alejadas de lo esperado.

A la luz de lo expuesto, ni el acceso libre al proceso ni la tutela judicial, ni tampoco el debido proceso permiten, aún en su estricta aplicación, alcanzar la justicia que se desprender del concepto manejado en este trabajo de acceso a la justicia.

La diferencia que se recalca por tanto entre acceso a la justicia y debido proceso material, o la diferencia en las exigencias de uno u otro se centra en que se defiende que del acceso a la justicia se hace exigible un control de la adecuación –razonabilidad- de la respuesta al caso concreto y no solamente su razonabilidad en cuanto al proceso y los valores superiores del ordenamiento lo cual es lo que se hace exigible del debido proceso material.

2.2 DIMENSIONES DE LA RAZONABILIDAD

Esta (re)interpretación del concepto de acceso a la justicia en sentido amplio conlleva como se mencionaba una nueva exigencia: un control de adecuación de las decisiones al caso concreto. Es sin embargo una cuestión de una complejidad importante ya que nuevamente vuelven a encontrarse conceptos como racional y razonable cuyo estudio puede resultar algo tedioso. Se hace sin embargo necesario analizar con detalle esta cuestión ya que como se mencionaba, en los matices encontramos la justificación de esta nueva exigencia que afecta significativamente el alcance del acceso a la justicia.

⁴⁵ Este es uno de los motivos por los que se hace difícil que exista cierta unidad doctrinal en el uso de los conceptos estudiados.

Para ello, se presenta en primer lugar una aclaración conceptual de lo que se entiende por racional y razonable en la justificación de las decisiones jurídicas, destacando las bondades y debilidades de cada una de ellas.

Seguidamente, se realiza una distinción entre la razonabilidad *en* el sistema y la razonabilidad *del* sistema, entendidas como controles de razonabilidad de distinto alcance respondiendo cada una de ellas a una exigencia diferente del acceso a la justicia.

Por último se realizará un esfuerzo especial en relación a la razonabilidad *del* sistema atendiendo posibles complicaciones o críticas que puedan realizarse, ofreciendo respuestas a las aquí detectadas.

2.2.1 LO RACIONAL Y LO RAZONABLE EN LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

Hasta el momento la razonabilidad en las decisiones se ha manejado sin demasiada profundidad, tanto en el debido proceso como en la tutela judicial efectiva. Se decía que las decisiones judiciales, además de ser resultado de un proceso con todas las garantías y versar sobre el fondo de la cuestión, han de ser motivadas y acordes a Derecho -siendo ambas exigencias reconocibles como un control de coherencia con el sistema o la estructura previa en la que se desarrolla todo el proceso-.

Interesa en este caso analizar con detalle la motivación de las mismas, la cual se entendía que resultaba de una exposición que permitiera entender la lógica seguida en la aplicación de determinadas normas al caso objeto de estudio –a la controversia tutelada-. Es importante sin embargo hacer una importante distinción en este punto: la diferencia entre racionalidad y razonabilidad en la aplicación de las normas. Sin entrar por el momento a debatir si resulta más adecuado una aplicación racional de las normas o una razonable, lo cierto es que debe quedar claro que no son conceptos sinónimos, y en el debate previo

parece que algunos autores lo han usado sin dar mayor importancia a su diferenciación.

A) JUSTIFICACIÓN RACIONAL

La justificación racional es sin lugar a dudas la más ampliamente aceptada o al menos la más definida teóricamente en el ámbito jurídico. Si bien pueden variar ligeramente los criterios para considerar una decisión jurídica como racional, existe una mayoría doctrinal que apoya, como no parece ilógico hacer, la necesidad de que las decisiones jurídicas deban caracterizarse por su racionalidad.

Para ATIENZA una decisión jurídica es susceptible de ser justificada racionalmente si, *“y sólo si: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva (...); 2) respeta los principios de la racionalidad práctica (...) 3) no elude la utilización, como premisa, de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 4) no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc, no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.”*⁴⁶ Añade a ello AARNIO la obligación de seguir *“ciertas pautas de interpretación y estar basadas en ciertas fuentes del derecho. [...] Siguiendo un modelo tradicional, uno realiza la racionalidad jurídico-positivista.”*⁴⁷.

Podría entenderse por tanto que responde a una técnica argumentativa limpia y clara que se sirve del *silogismo aristotélico*, del modelo clásico de justificación, para establecer una conexión lógica entre los hechos que le ocupan y las normas del ordenamiento jurídico aplicables al caso concreto, obteniendo, de la misma manera, una respuesta –lógica-⁴⁸. Acorde a ello serían irracionales, a grandes rasgos, aquellas decisiones que caigan en error en el silogismo o bien que se

⁴⁶ ATIENZA, M., "Sobre lo razonable en el Derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989, pp. 94 y 95.

⁴⁷ AARNIO, A., "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica". Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 240.

⁴⁸ Es esta la motivación que encontramos en el sistema judicial. Se trata en realidad de la primera fase que destacábamos por la cual el sistema ofrece al ciudadano una respuesta a lo planteado acorde al sistema de normas existente. En caso de disputa, es el juez quien interpretará las normas y aplicándolas al caso planteado dará una respuesta a los ciudadanos.

nutran de elementos *no jurídicos* en su fundamentación. Muy acertada es la apreciación de NIETO para quien “*un procedimiento irracional es sencillamente un procedimiento manchado por una irregularidad genético-procesal (se actúa por razones que no son estrictamente jurídicas), que no constituye por sí mismas un vicio de ilegalidad. En consecuencia, no provoca necesariamente la invalidez de la decisión, aunque puede provocarla si está conectada con un vicio de ilegalidad*”⁴⁹, reduciendo así el procedimiento o la justificación racional a una metodología.

El debate surge entonces cuando siguiendo un procedimiento racional el resultado presenta dificultades en su aplicación.

ATIENZA maneja en este punto el concepto de “justificable”, distinguiendo “*una decisión jurídica irracional (es decir, una decisión jurídica injustificable) de una simplemente razonable (justificable)*”⁵⁰. Del término “simplemente” razonable se desprende un descenso en el nivel de cualificación de la respuesta en algún sentido y, desde luego, reconoce lo razonable como subsidiario de lo racional entendiendo que una decisión jurídica es razonable “*en sentido estricto sí, y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no podría, o no sería aceptable una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; 3) obtiene un máximo consenso.*”⁵¹.

Surgen en este punto un nuevo concepto que superan “lo racional” y, aunque con claros puntos de conexión, es independiente: lo aceptable. De esta manera podemos afirmar que una decisión jurídica puede ser justificada racionalmente (siguiendo una racionalidad estricta) y sin embargo no ser aceptable.

⁴⁹ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000, p. 334. Esta apreciación parece resaltar ya la existencia de un margen en lo que NIETO llama irracionalidad, pero que bien podría ser una falta de racionalidad en sentido estricto, en el que caben justificaciones que no violan la legalidad, es decir, una posible apertura a otras respuestas que podría tener una justificación si no racional –estrictamente- de otro tipo.

⁵⁰ ATIENZA, M, “*Sobre lo razonable en el Derecho*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989, p. 96.

⁵¹ *Ibidem*. pp. 108 y 109.

B) JUSTIFICACIÓN RAZONABLE

Se acababa previamente traspasando los límites de lo racional añadiendo la necesidad de que el resultado fuese, además, *acceptable*. AARNIO es quizá quien realiza un estudio más minucioso la justificación dentro del proceso interpretativo distinguiendo claramente dicha justificación dentro de lo que es el procedimiento, y de la respuesta obtenida en sí. En ambos momentos sin embargo, resalta la importancia de la aceptabilidad.

Resulta de utilidad volver sobre el concepto de racionalidad en el Derecho para este autor ya que, pese a su complejidad, ofrece la diferenciación de varios escenarios que pueden ayudar a avanzar.

En su teoría se diferencian dos sentidos del concepto de racionalidad o, para ser más claros, diferencia dos escenarios diferentes en los que cabe hacer un control de racionalidad, dentro de los cuales, a su vez, existe diferenciación de conceptos:

- La primera corresponde a la que ya se destacaba previamente: la *racionalidad jurídica*, la cual se sitúa en el escenario de análisis del procedimiento (1) por el cual se obtiene una respuesta y corresponde por tanto con la “*justificación interna*”⁵². Dentro de esta racionalidad, se distinguen dos tipos:

- a) *Racionalidad L*. Viene a coincidir con el concepto mayoritariamente aceptado y destacado en este trabajo y al que de ahora en adelante podemos llamar *racionalidad en sentido estricto*.
- b) *Racionalidad D*. Se trata de la *racionalidad discursiva* que toma, en su justificación, reglas que tienden a facilitar resultados aceptables (relacionada con la aceptabilidad real o razonabilidad (ii)).

⁵² AARNIO, A., “*La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*”, Doxa, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990, p. 28.

- La segunda, la *razonabilidad* defendida de AARNIO, se sitúa en el escenario de la decisión (2)⁵³, momento en el cual se distinguen nuevamente dos significados diferentes:

a) la razonabilidad en sentido estricto (i) conectada directamente con la racionalidad jurídica (racionalidad en sentido estricto), mediante la cual existe una exigencia de que dicha respuesta sea *acceptable*. Se trata por tanto de una *aceptabilidad racional*.

b) la razonabilidad (ii) conectada igualmente con su aceptación, pero prestando en este caso mayor atención a las consecuencias reales, tratándose en este caso de una *aceptabilidad real*, estrechamente conectada con la *Racionalidad D* de la cual puede verse afectada (idea de diálogo en el que existe una posible manipulación)⁵⁴.

En realidad, la única racionalidad en sentido estricto que maneja AARNIO es la *Racionalidad L*, estando todas las demás muy ligadas a concepto de razonabilidad.

Puede entonces decirse que racionalidad y razonabilidad se encuentran íntimamente ligadas y que, aunque independientes, no parece tener sentido hablar de una sin la otra.

Siguiendo con la clarificación de lo que puede entenderse como razonable, podría destacarse su carácter más realista, cobrando claramente mayor fuerza el carácter operativo de la decisión jurídica razonable –conectado nuevamente con la aceptabilidad-. CARRASCO destaca su carácter más laxo frente a las decisiones puramente racionales reconociendo las razonables como “*la proposición plausible o razonable que puede servir de punto de partida para un argumento formalmente deductivo, pero no dotado de la necesidad lógica que*

⁵³ AARNIO, A., “*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*”. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 241.

⁵⁴ AARNIO, A., “*La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*”, Doxa, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990, p. 31.

*caracteriza a un razonamiento en sentido estricto*⁵⁵. Destaca el juicio de razonabilidad como un concepto “comprensivo”.

C) LO RACIONAL VERSUS LO RAZONABLE EN LA ADECUACIÓN DE LA RESPUESTA AL CASO CONCRETO

Hasta aquí queda clara la diferenciación de una justificación racional de una razonable. Ambas pueden llevar a respuesta distintas para un mismo caso lo cual obliga a analizar qué justificación es más adecuada y en base a qué puede catalogarse como tal.

El carácter lógico del razonamiento racional permite eliminar la subjetividad que abriría la puerta a una posible arbitrariedad. Es desde luego una de sus mayores bondades, directamente conectada a la certeza jurídica, permitiendo obtener unos resultados previsibles. Esta característica no puede desprenderse con tanta claridad del razonamiento razonable que, sin desvincularse por completo de la justificación racional, pretende nutrirse de otros elementos dando más valor a la aceptabilidad. Los resultados ya no son tan previsibles y podría estar abriéndose la puerta a una total arbitrariedad.

Frente a ello no es menos cierto que del razonamiento estrictamente racional no obtenemos siempre una respuesta aceptable. No parece tener sentido realizar una aplicación ritualista de las normas acorde a un razonamiento racional si el resultado no es aceptable (operatividad) y ello sólo es detectable por medio de la razonabilidad.

Ambas justificaciones parecen así complementarse en algunos elementos, lo que explicaría reconocerlos como mecanismos de control mutuo, defendiendo así una equiparación de ambos razonamientos, negando la subsidiariedad del razonable.

Contrariamente a este planteamiento NIETO afirma que, aceptando la subsidiariedad de la justificación razonable, “(...) *si la decisión es racional, no es*

⁵⁵ CARRASCO PERERA, A., “*El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*”, en Revista Española de Derecho Constitucional, 11, p. 46.

*necesario pasar a enjuiciar su razonabilidad*⁵⁶. De aceptarse esta afirmación, cualquier decisión que siga la lógica racional estricta quedaría libre de cualquier otro control, lo cual permitiría que se den respuestas jurídicas inaceptables. Por ello no puede abrazarse el razonamiento racional, por mucha certeza jurídica que dé, sin aceptar otro tipo de razonamiento que detecte posibles errores o confirme lo acertado de la respuesta racional –estricta- en su caso. Afirma AARNIO en referencia a las distinciones entre lo racional y lo razonable que “(...) *todo lo razonable es racional, aunque no todo lo racional sea razonable*”⁵⁷. Ello sin embargo necesitaría matizarse, ya que dicha afirmación se hace desde el pensamiento del autor aceptándose una racionalidad en sentido amplio -que sería la suma de la Racionalidad L y la Racionalidad D- permitiéndose a fin de cuentas una comunicación o conexión entre la racionalidad en sentido estricto y “lo razonable”.

En este sentido, las palabras de RECASÉNS añaden claridad al asunto exponiendo que “*Lo racional puro de la lógica de la inferencia es meramente explicativo. En cambio el logos de lo razonable, atinente a los problemas humanos –y, por tanto a los políticos y jurídicos – intenta “comprender” sentidos y nexos entre significaciones, así como también realiza operaciones de valoración y establece finalidades o propósitos*”⁵⁸ entendiendo que lo razonable añade valor y no lo contrario de la misma manera que lo razonable no se entiende sin lo racional, ya que quedaría perdido en la nada.

2.2.2 RAZONABILIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA O DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Aclaradas ya las características de cada tipo de argumentación, puede afirmarse que no parece existir desacuerdo en el momento o el elemento que pone fin a

⁵⁶ NIETO, A., “*El arbitrio judicial*”, Ariel, Barcelona, 2000, p. 344.

⁵⁷ ATIENZA, M., “*Sobre lo razonable en el Derecho*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989, p. 94.

⁵⁸ RECASÉNS, L., “*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*”, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 1971, pp. 519 y 520.

cualquiera de los conceptos manejados, tanto en sentido material como en sentido formal, siendo éste la decisión –judicial-. Pese a esta conformidad, las exigencias de la misma pueden variar, y es justamente a lo que se recurría para diferenciar el concepto de acceso a la justicia del de debido proceso –material-. Se hace necesario primero aclarar qué se está solicitando –o cuál es la carencia que se está señalando-: ¿razonabilidad *en* el acceso a la justicia o razonabilidad *del* acceso a la justicia? Se plantea así que existen diferentes momentos o dimensiones del control de razonabilidad de las decisiones.

A) RAZONABILIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Volviendo a la motivación de las decisiones, se entendía que resultaba de una exposición que permitiera entender la lógica seguida en la aplicación de determinadas normas al caso objeto de estudio –a la controversia tutelada-.

Se entiende de lo previamente expuesto que el control de razonabilidad en el acceso a la justicia se da:

- i) Cuando se realiza una aplicación racional de las normas derivando por tanto en una decisión jurídica de las mismas características –racional-. Para ello la justificación debe seguir los requisitos que se mencionaban previamente acudiendo a las palabras de ATIENZA⁵⁹, respondiendo a una aplicación de silogismos lógicos.
- ii) Cuando existe además un control posterior de razonabilidad. Resulta necesario rescatar un debate que se iniciaba a la hora de analizar unas de las exigencias del debido proceso material. De esta manera se mencionaba la necesidad de una razonabilidad tanto de las normas como del uso de las mismas por el legislador, la administración o los órganos jurisdiccionales. Al hilo de este debate se destacaban diferentes razonamientos que apuntaban, con matices, a una misma

⁵⁹ Es decir, dicha justificación será racional “sólo si: 1) *respeta las reglas de la lógica deductiva (...)*; 2) *respeta los principios de la racionalidad práctica (...)* 3) *no elude la utilización, como premisa, de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante*; 4) *no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc, no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.*”, en ATIENZA, M., “*Sobre lo razonable en el Derecho*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989, pp. 94 y 95.

dirección: la razonabilidad de las decisiones con los valores superiores.

De esta manera se alude efectivamente a un control de razonabilidad de las decisiones posterior a la propia motivación de la misma –siendo esa estrictamente racional-. Siguiendo un orden cronológico, se reconocía en primer lugar la toma de decisión por medio de una argumentación racional que justificaría la aplicación de determinadas normas a un caso concreto, alcanzando de esta manera una resolución de las mismas características –racional-. Una vez obtenida dicha resolución, y con posterioridad a ello, se reconocía un control, esta vez de razonabilidad de la decisión acorde a los valores superiores del ordenamiento. Se reconocía por tanto que el debido proceso material exigía de esta manera un control más allá del estricto cumplimiento ordenado de todo proceso o procedimiento acorde a todas las garantías procesales, pudiendo entenderse que dicho mecanismo actúa como cierre del proceso. Sin embargo, se recalca que dicho control de razonabilidad se hacía necesario a fin de asegurar la coherencia del sistema en sí, manteniéndose los criterios de control dentro del proceso.

Hasta aquí se entiende por tanto que se ve garantizada la razonabilidad *dentro* del proceso –razonabilidad *del* sistema-. Tanto la aplicación racional de las normas como el posterior control de razonabilidad de las decisiones con los valores superiores permiten presumir de una coherencia en el sistema; de una razonabilidad en el mismo.

B) RAZONABILIDAD *DEL* ACCESO A LA JUSTICIA

Cuestión diferente es hablar de la razonabilidad *del* acceso a la justicia, estando aun centrada nuestra atención en la motivación de las decisiones.

Se hace necesario en este debate traer a colación el concepto de razonabilidad defendido por AARNIO. Según este autor se hace necesario distinguir dos momentos diferentes en la elaboración de una decisión razonable.

En primer lugar encontramos la “razonabilidad” en sentido estricto, conectada directamente con la racionalidad jurídica (se trata en realidad de la racionalidad en sentido estricto), mediante la cual existe una exigencia de que dicha respuesta sea *acceptable* por encontrarse respaldada por una explicación lógica, racional. Se trata por tanto de una *aceptabilidad racional*.

En segundo lugar, estaría la razonabilidad conectada igualmente con su aceptación, pero prestando en este caso mayor atención a las consecuencias reales, tratándose en este caso de una *aceptabilidad real* -estrechamente conectada con lo que AARNIO reconocer como la *Racionalidad D* de la cual puede verse afectada⁶⁰-. De esta manera el control de razonabilidad no se hace ya en relación a los valores superiores –dicho control es previo- sino en relación a las consecuencias reales de dichas decisiones. Se trata de un momento posterior o incluso, si se quiere, una exigencia realizada desde un prisma diferente. La elaboración de la argumentación razonable se realiza de la misma manera, atendiendo sin embargo a criterios diferentes: la primera –*razonabilidad estructural*- atiende a los valores superiores del ordenamiento o sistema; la segunda –*razonabilidad real*- atiende a las consecuencias reales del proceso –atendiendo por tanto las exigencias del acceso a la justicia en sentido amplio que insta una adecuación de la respuesta al caso concreto-.

Y es que esta exigencia pocas veces aparece reflejada, pero parece que no exigir este último control de razonabilidad podría en ocasiones vaciar de sentido tan complejo derecho como es el del acceso a la justicia. Sin este último paso todos los demás quedarían reducidos a una pura consecución de movimientos automatizados sin pretensión real de generar consecuencias razonables. No puede negarse desde luego que toda la articulación previa, desde el acceso a la justicia en sentido restringido, pasando por todas las garantías procesales de la tutela judicial efectiva (que a fin de cuentas permiten una aplicación lógica de las normas) hasta el control de las decisiones judiciales (motivadas, siguiendo una argumentación racional y un posterior control de razonabilidad estructural), no

⁶⁰ AARNIO, A, “*La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*”, Doxa, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990, p. 31. Para este autor la “Racionalidad D” una *racionalidad discursiva* que toma, en su justificación, reglas que tienden a facilitar resultados aceptables (relacionada con la aceptabilidad o razonabilidad real).

hacen más que facilitar que se dé finalmente una razonabilidad en las decisiones tomadas. Sin embargo debe advertirse que sin la articulación de nuevas herramientas de control, dicha razonabilidad se ve abocada a la casualidad, y no a un ejercicio real de razonabilidad *de/* acceso a la justicia. Y ello cobra aún más sentido cuando recordamos que cada vez es mayor la diversidad de los derechos y los tipos de conflictos que se plantean ante el sistema. Si inicialmente este último control al que se alude podría reconocerse como más innecesario, no lo es desde luego en la actualidad, en la que la rigurosa rigidez del proceso desemboca en decisiones no pocas veces cuestionables en cuanto a su efectividad en cuanto a la gestión del conflicto.

Parecen en este punto resurgir los matices que ya se mencionaban en lo que llamábamos la tercera oleada de acceso a la justicia. Debe recordarse que se hablaba de acceso a la justicia acercando su cumplimiento a la necesidad de obtener una respuesta adecuada para el conflicto planteado. Sin embargo se destacaba el fuerte carácter abstracto de tal exigencia lamentando la falta de herramientas que hicieran posible el llevar dicho enfoque a la práctica.

Encontramos pues que es este punto el que requiere mayor exigencia; necesita un control más allá de la razonabilidad real para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

2.2.3 RAZONABILIDAD REAL DE LAS DECISIONES – RAZONABILIDAD DEL SISTEMA-.

Aceptada la necesidad de incorporar el control de razonabilidad real a las decisiones, no puede dejarse sin mención una de las mayores críticas que se puede hacer a la incorporación de control al razonamiento jurídico, y es lo abstracto del término lo cual puede derivar en una total arbitrariedad.

ATIENZA recurre, para suplir esta posible carencia frente a las decisiones estrictamente racionales, a la idea de consenso. Entiende que para delimitar algo más lo que pueden considerarse razonable, podemos poner a prueba la decisión obtenida, analizando si sería aceptaba por “la comunidad”. Diferencia el consenso de tipo fáctico por el cual se puede obtener un compromiso del

consenso de tipo ideal o racional mediante el cual alcanzaríamos un equilibrio. Mediante el compromiso, se optaría por el mejor resultado (o el menos malo) lo cual se diferencia del equilibrio en el cual no es suficiente con que el resultado sea “el mejor” sino que debe ser “correcto”. Ambos presentan en la práctica importantes complicaciones como pueden ser la determinación de la comunidad en el consenso de tipo fáctico - ¿la mayoría?- o salva la dificultad, en el caso del consenso de tipo racional, del juicio hipotético así como de la determinación de las condiciones ideales⁶¹.

En todo caso, si bien es cierto que no queda libre de complejidad, esta idea de consenso nos puede servir de guía para, sin quizá poder alcanzarlo con exactitud, acercarnos lo máximo posible al equilibrio óptimo.

AARNIO también recurre al principio de la mayoría como criterio de control, sin embargo, parece más decisivo en su exposición del principio regulativo. Entiende así que el razonamiento jurídico –razonable- debe alcanzar *“una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación. (...) El principio regulativo no da ninguna autoridad a proclamar: tengo razón. Sólo trata de (1) incitar a la justificación racional al tomar la decisión y (2) prevenirle del objetivismo valorativo (...)”*⁶².

De ello puede desprenderse que una máxima certeza jurídica no es posible en la justificación razonable –es uno de sus puntos diferenciadores de la justificación racional- y sin embargo es justamente esta característica la que le permite una visión más amplia de las posibles respuestas convirtiendo una decisión estrictamente racional y quizá no aceptable en una aceptable. Para evitar la arbitrariedad, debemos por tanto marcar unos criterios generales que exijan una justificación en el procedimiento y en la respuesta, sin caer nuevamente en la lógica estricta.

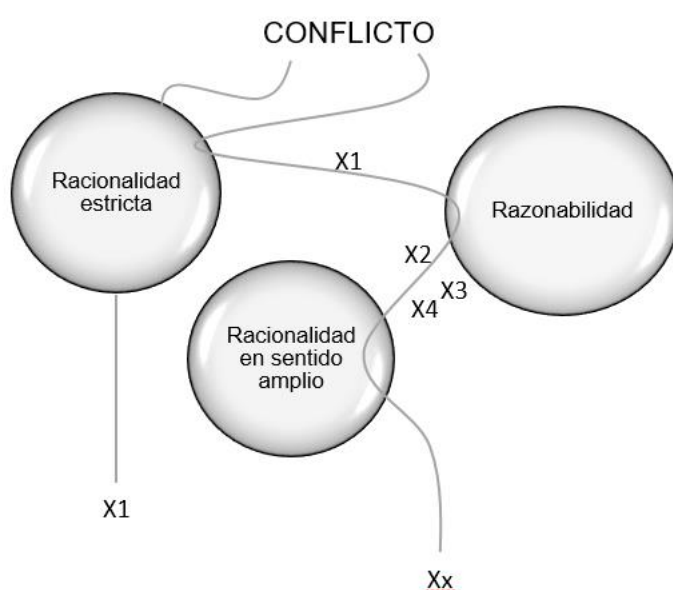
A fin de tomar una clara postura en esta reflexión, pretendiendo presentar una propuesta práctica acorde al análisis conceptual previo, se presenta un posible

⁶¹ ATIENZA, M., “Sobre lo razonable en el Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989, pp. 104 y 105.

⁶² AARNIO, A.: “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, Doxa, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990, pp. 39 y 40.

esquema, ciertamente atrevido, que reflejaría una argumentación completa: una argumentación que permita motivar decisiones razonables y no arbitrarias.

Retomando el principio regulativo de AARNIO, ello podría articularse siguiente el esquema que se presenta, exigiendo a la justificación razonable una posterior justificación racional en sentido amplio. Así, partiendo de una lógica formal inicial para guiar el razonamiento (exigencia jurídica, control de legalidad), ésta se vería corregida por una justificación razonable (en caso de ser necesario) y volvería finalmente a una explicación racional en sentido estricto.



La respuesta obtenida mediante justificación racional (X1) puede llegar a coincidir con la que se obtenga tras el mencionado doble control de razonabilidad (Xx), es decir, no deforma las respuestas racionales sino las controla a fin de brindarle aquellos elementos necesarios –los cuales no son alcanzables en una argumentación estrictamente racional- para ofrecer una respuesta adecuada al caso concreto.

De esta manera se ve claramente la independencia del razonamiento racional y razonable, siendo su análisis diferente (y así debe ser), pero manteniendo una conexión necesaria para darse sentido mutuamente.

Descubiertas las lagunas de la racionalidad estricta, no tiene sentido mantener su defensa más en el caso que nos ocupa que son las decisiones judiciales, de las cuales se espera una respuesta justificable racionalmente y con una aplicación posible (aceptable).

Parece que el deseo de demostrar la objetividad de las decisiones nos ha llevado a encorsetarnos en unos razonamientos analíticos en los que únicamente caben los silogismos lógicos formales. Estos permiten una certeza jurídica fuerte, sin embargo ha quedado patente en este trabajo que estos razonamientos no responden de forma aceptable a todos los conflictos.

Resulta adecuado recordar una de las finalidades de las decisiones judiciales, y es que “(...) *lo que de veras desean – y exigen- los ciudadanos al Estado es que éste se comprometa a resolverles los conflictos. (...) La corrección de su contenido –podría decirse rozando la paradoja- no es tan importante como el hecho mismo de que la decisión se produzca, que es lo que inexcusablemente necesita la sociedad para sobrevivir pacíficamente*”⁶³. Se trata por tanto de dar respuesta a un conflicto planteado siendo insuficiente una respuesta racional sin controlar su razonabilidad real, ya que vaciaría de contenido dicha decisión.

Desde esta perspectiva se pronuncia RECASÉNS sentenciando que “*todas esas lógicas jurídicas formales nada nos enseñan en absoluto sobre la justicia; la adecuación a unas auténticas necesidades de la vida de interrelación humana o social; la congruencia entre el problema planteado por tales necesidades y los efectos que vayan a producir las normas que se intentan crear (...)*”⁶⁴, invitándonos a ir más allá (trasladándose a términos como *lógica de la prudencia, ponderación, pensamiento plausible o aserto satisfactorio*), apoyándonos en razonamientos retóricos que si bien ofrecen no una sino varias respuestas

⁶³ NIETO, A., “*El arbitrio judicial*”, Ariel, Barcelona, 2000, p. 323.

⁶⁴ RECASÉNS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 1971, p. 505.

plausibles, nos acercan desde luego a la certeza de ofrecer una respuesta adecuada para el conflicto planteado.

2.3. ACCESO A LA JUSTICIA COMO GESTIÓN DEL CONFLICTO DE HECHO

De lo expuesto previamente, quedaría una compleja cuestión que responder la cual permitiría, en su caso, la articulación de nuevas herramientas de control de *razonabilidad real*. Y es que si bien cobra sentido el exigir la razonabilidad de las decisiones en referencia a las consecuencias que provoca en el conflicto de hecho, no resulta sencillo delimitar esta cuestión. Se trata por tanto de indagar acerca de lo que se entiende por consecuencias razonables de las decisiones en el conflicto planteado. Esta cuestión es especialmente compleja ya que exige posicionarse acerca de la relación que existe entre la controversia jurídica y la controversia de hecho; dos elementos íntimamente relacionados pero que parecen pertenecer a dos planos paralelos.

A) RELACIÓN ENTRE CONTROVERSIA DE HECHO Y CONTROVERSIA JURÍDICA

Resulta sencillo afirmar con rotundidad que cuando dos o más partes presentan ante el sistema judicial un conflicto, se trata en realidad de un conflicto de hecho, el cual es traducido a una controversia jurídica a fin de poder ser atendida por el sistema, el cual se rige por criterios jurídicos. Reflejo de ello es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expone sin mayor reparo que “...*allá donde exista un derecho o un interés digno de tutela, existirá un derecho a obtener tutela efectiva de los Jueces y Tribunales...*”⁶⁵. De tales palabras podría hacerse una interpretación amplia entendiendo por interés digno de tutela casi cualquiera que entre en conflicto con otro –de un tercero-, frustrando de esta manera la paz social entre los ciudadanos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional matiza seguidamente que “*Es necesario que exista una lesión*

⁶⁵ STC 71/1991 de 8 de abril, FJ 4.

*actual del interés propio, al margen del carácter o no fundamentado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trate de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera Litis, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo*⁶⁶. Pese a esta matización, que recalca la necesidad de que exista un derecho insatisfecho, el elenco actual permite fácilmente reconducir o reconocer casi cualquier conflicto de hecho en una posible vulneración de derecho –independientemente que la resolución finalmente lo reconozca, se hace referencia a que puede articularse de manera que se haga exigible por parte de los órganos jurisdiccionales su estudio-⁶⁷.

De esta manera parece aceptable afirmar que ante el sistema judicial se presentarán infinidad de derechos y tipos de conflicto, los cuales obviamente no esperan la misma forma de resolución. Y aquí nuevamente se recuerda lo que ya se mencionaba en el desarrollo del concepto de enfoque de acceso a la justicia, atendiendo al surgimiento de nuevos derechos que requieren una atención especializada, la cual no puede darse desde luego respetando la fuerte rigidez procesal del sistema. A ellos se sumaba además el tipo de conflicto –y ello puede relacionarse con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta en las líneas previas-, que parece variar al ritmo de la sociedad. Y es que no solamente es el carácter variante de la sociedad y el surgimiento de nuevos tipos de conflictos lo que debe tenerse presente, sino también el uso que la sociedad hace del sistema judicial. Qué duda cabe que la suma de todos estos

⁶⁶ STC 71/1991 de 8 de abril, FJ 5.

⁶⁷ De hecho toma cada vez mayor protagonismo el “burlar” los requisitos formales del sistema para obtener su tutela. Ello refleja una grave distorsión del sistema que centra su atención principalmente no ya en el desarrollo del proceso –en la defensa de la causa- sino en la complejidad de la adecuación de la presentación del conflicto –forma- para admitir su “entrada” al sistema. Valga observar como claro reflejo de ello los cada vez más complejos procedimientos previos exigidos por ejemplo en el Derecho Administrativo.

elementos no hace más que complicar la adecuación del sistema a la enorme diversidad de conflictos que pueden surgir.

En referencia a ello cabe recordar que la vía jurisdiccional se encuentra en los modelos heterocompositivos de gestión de conflictos. Ello supone una evolución importante si tomamos en cuenta que la forma primitiva de gestión de conflictos era –y es- la autotutela, de la que puede destacarse el uso de la fuerza (tanto física como por medio de la coacción), vía que abre la puerta a una fuerte vulneración de los derechos. De esta manera, la articulación de un sistema de gestión heterocompositivo, dotado de todas las garantías presentadas a lo largo de este trabajo no puede más que considerarse un logro en la protección de los derechos y la garantía de la paz social. Así, la sociedad pasa paulatinamente de la autotutela a la heterotutela, presentando sus conflictos ante un tercero para que ponga fin a ellos, siendo ello coherente con el monopolio del Estado del uso de la fuerza y a su vez con la prohibición de indefensión. Y como resulta comprensible, a mayor confianza en el sistema –o conocimiento del mismo- mayor es la afluencia de conflictos presentados. Esto puede observarse fácilmente en el significativo colapso del sistema de justicia, pero también en el tipo de conflictos presentados ante el mismo. De esta manera, el sistema adquiere progresivamente una posición paternalista, atendiendo de forma cada vez más común conflictos con una importante carga emocional. Se exponía previamente que resulta sencillo reconocer que tras cada controversia jurídica existe una controversia de hecho que se ha traducir a lenguaje jurídico para su gestión por un sistema que irgue en este ámbito. Sin embargo, dadas las fuertes formalidades procesales que obligan a toda decisión a nutrirse de fuentes exclusivamente jurídicas para reconocerse como racional, parece sencillo deducir que estos nuevos conflictos no pueden ser atendidos de forma integral por el sistema⁶⁸. Articulando el segundo control de razonabilidad de las decisiones judiciales esta carencia queda patente, pero sin ella se sigue

⁶⁸ Si el fomento de mecanismos de heterotutela pretendía dotar la gestión de conflictos de criterios objetivos alejándolos de esta manera de la autotutela, nos encontramos ahora con un sistema al que van a parar todos los conflictos interpersonales, en los cuales se hace cada vez más difícil objetivizar ciertos elementos –o si se prefiere, traducirlos a controversia jurídica- lo cual “ata las manos” del poder judicial a quien no le está permitido, por su funcionamiento y estructura, posicionarse en este ámbito. Y desde luego no es este el resultado que se busca, pero debe recordarse que acorde al modelo de heterotutela al que pertenece el sistema jurisdiccional, lo que sí se le exige es que se posicione.

confiando en un sistema cuya estructura procesal no se encuentra preparada para el tipo de conflictos y derechos que la evolución de la sociedad le presenta.

B) ALCANCE DE LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA JUDICIAL

Asumido por tanto que la sociedad es cambiante y que evoluciona a un ritmo mayor que el sistema y, desde luego adquiriendo una diversidad que choca frontalmente con la rigidez del primero, llega el momento de concluir si del mismo puede exigirse un alcance mayor.

Las palabras de BUSTAMANTE ALARCÓN resaltan brillantemente la cuestión que se ha venido destacando a lo largo de todo el trabajo, en referencia a la necesidad de remodelación del sistema de justicia:

*“Una de las consecuencias de la humanización del proceso, que constituye un imperativo del valor justicia y, por ende, del derecho a un proceso justo, consiste en la exigencia de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ellas se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas (...) eliminar todo ritualismo o formulismo, es decir, toda formalidad desproporcionada o irrazonable (...)”*⁶⁹

Este enfoque no está falto de complicaciones desde luego, ya que apostar por una “humanización del proceso flexibilizando las formalidades procesales” supone innegablemente una disminución de la seguridad jurídica en cuanto se está permitiendo con ello adecuar la aplicación de la norma al conflicto concreto, bajo los criterios de razonabilidad. GÓMEZ LARA se muestra firme en referencia a esta última cuestión admitiendo que *“Lo de la justicia en la resolución, suena muy bello e idealista, pero la justicia es un valor subjetivo y por lo tanto a veces es muy difícil hablar de ella porque lo que es justo para mi puede no ser justo para otros; (...). Hay un valor más gris, que es más modesto y que es el valor de*

⁶⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, B., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001, p. 54.

*legalidad, no el de justicia; el valor de legalidad es una cosa más concreta, más asequible, porque es simplemente llevar la solución, es decir llevar la sentencia al principio de que esté apegada a derecho, nada más.”*⁷⁰. Esta es desde luego una perspectiva opuesta a la que se presenta en este trabajo, ya que reducir la finalidad del sistema de justicia a la legalidad carecería de todo sentido, más y cuando la evolución de los casos llevados ante el mismo demuestran que el valor de legalidad por sí sólo no lleva a la paz social.

Y es que cobra especial importancia en este punto recordar cual es en realidad la finalidad del Derecho o del sistema en la gestión de conflictos. Para ello resulta especialmente esclarecedor el planteamiento que realiza CARNELUTTI hablando del “contrato del Derecho” en términos de tregua. Y es que no es extraño para nadie que el Derecho funciona sobre la lógica del contrato. De esta manera, y volviendo al ejercicio judicial, sirvan las palabras del autor por las que defiende que *“(…) el contrato es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes. En la lucha llega inevitablemente el punto muerto cuando alguno de los dos tiene la sensación de no poder obtener un resultado mejor del ya conseguido, de manera que seguir combatiendo redundaría en pura pérdida. Entonces los combatientes hacen la paz. Pero esta es una expresión eufórica, que no responde a la realidad. En la realidad, más que de la paz se trata de una tregua. En efecto, cuando después del necesario reposo uno de los adversarios se cree en posición de fuerzas que puedan permitirle mejorar la situación establecida por la tregua, vuelve a encenderse la lucha.”*⁷¹ Así se reconoce el contrato en la sentencia. De esta manera las partes llegan a la mencionada tregua, momento en el que la autoridad, por aplicación de las normas, obliga a las parte en conflicto a atenderse al contrato –a la sentencia-⁷². Ello nada tiene que ver con que las partes acaten lo expuesto en la misma por compartir el resultado. De esta manera, no resulta descabellado que

⁷⁰ GÓMEZ LARA, C., “*Debido proceso como derecho humano*” en la obra colectiva: GONZÁLEZ, N., (Coordinadora): “Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T.II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F., 2006, p. 352.

⁷¹ CARNELUTTI, F., *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 1994, pp.11 y ss.

⁷² Y así es como expone CARNELUTTI que “*El Derecho es, pues, una combinación de fuerza y justicia*” en CARNELUTTI, F. *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 1994, p. 21.

en el momento en que las partes se encuentren en una situación similar, vuelva a surgir el conflicto –vuelva a surgir la guerra-⁷³.

Si estamos por tanto hablando de la articulación del sistema judicial como herramienta de restablecimiento de la paz social, no podemos hacer más que resaltar sus graves carencias en la aplicación actual del mismo. Y en este sentido vuelve a hacerse necesario traer a colación las palabras del autor italiano que recuerda que *“Precisamente la experiencia del hombre, haciendo caer a los juristas en la cuenta de la insuficiencia de la ley, los ha inducido a descubrir, junto a la ley, la equidad, que un gran maestro italiano del derecho ha llamado la justicia del caso singular, con una fórmula que permite comprender que la justicia no se deja aprisionar en una ley; Aristóteles, parangonando la equidad a la regla lesbia, que hecha de plomo se adaptaba a las sinuosidades de la materia que tenía que reglar, había expresado ya la idea de que la rigidez de la ley no se adapta, como debiera, a las imprevisibles formas del caso concreto”*⁷⁴. En este sentido se recuerda que si bien la estructura del sistema dota al mismo de una seguridad y un enfoque hacia la obtención de justicia, la excesiva rigidez del mismo, quien a fin de cuenta gestiona conflictos de hecho –pese a su presentación como controversia jurídica como ya ha expuesto-, pone en peligro la finalidad del sistema sobre la cual volveremos enseguida.

Sin embargo se hace necesario una breve aclaración acerca de la petición de flexibilidad de la estructura procesal y la llamada “justicia al caso singular”. Se trata a fin de cuentas de obtener por medio de esta flexibilidad –sin pérdida de seguridad ni tampoco dejando cabida a la arbitrariedad- una justicia que se ajuste realmente al caso concreto. No son pocos los autores que hacen en este punto referencia al concepto de verdad. En referencia a ello es común el uso de los conceptos de verdad formal –histórica o real- y verdad material –que se reduce a la traducción jurídica de la primera-. Nuevamente volvemos a encontrar en este debate la necesidad de combinar las dos “realidades” que se están manejando. En referencia a ello BUSTAMANTE ALARCÓN hace referencia la búsqueda de

⁷³ Excelente muestra de ello son por ejemplo los incumplimientos de régimen de visitas por parte de los progenitores, que acatan lo expuesto por el juez reconociendo su culpa en el momento concreto. Lo cual no significa que, planteada nuevamente una situación similar, volverán a incumplir el régimen de visitas.

⁷⁴ CARNELUTTI, F. *Cómo nace el derecho*, op. cit., p. 85.

la verdad jurídica objetiva según la cual *“en primer lugar, (...) el proceso, y el procedimiento, deben estar encaminados a encontrar la verdad del caso, o mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa.”*⁷⁵, pero a ello suma la necesidad de que la realidad de los hechos se entiendan desde la óptica de lo jurídico. Esta reflexión no hace más que dejar patente la necesidad de una mayor comunicación o adecuación entre los hechos y su transformación a cuestión jurídica, dándose la misma necesidad –o más si cabe– a la inversa al comprobar la efectividad de las decisiones en el conflicto de hecho. Posición similar encontramos en TARUFFO quien al estudiar el debido proceso reconoce la necesidad de obtener decisiones justas además de asegurar la efectividad de las garantías. Así entiende que *“No es válido el argumento, puramente verbalista y conceptualmente circular, según el cual las decisiones que derivan de este procedimiento serían justas por definición. [...] Si así fuera, nos encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente procesural de la justicia, en la que no tendría ningún valor la calidad de la decisión final”*⁷⁶.

Y es que carece de sentido que se afirme que la finalidad del sistema se reduce a obtener una decisión judicial. Ésta es efectivamente el reflejo de todo el trabajo realizado a lo largo del proceso; pero no es en sí la finalidad. Así, *“(...) lo que de veras desean – y exigen- los ciudadanos al Estado es que éste se comprometa a resolverles los conflictos. (...) La corrección de su contenido –podría decirse rozando la paradoja- no es tan importante como el hecho mismo de que la decisión se produzca, que es lo que inexcusablemente necesita la sociedad para sobrevivir pacíficamente”*⁷⁷. De esta manera no se equiparan los términos de justicia y paz, y tampoco puede afirmarse sin matiz alguno que la justicia lleva a la paz. Es necesario exigir un acceso a la justicia que culmine en decisiones razonables tanto a la luz de los valores superiores del sistema como a la luz de las consecuencias que provoque. Y en este sentido no parece razonable afirmar

⁷⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001, p. 57.

⁷⁶ TARUFFO, M. *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 135.

⁷⁷ NIETO, A., *“El arbitrio judicial”*, Ariel, Barcelona 2000, p. 323.

que el sistema de justicia fue eficaz si aporta a las partes una solución que pone fin a la controversia jurídica –lo cual es fácilmente asequible por medio de una motivación racional de la decisión y un posterior control de razonabilidad de la decisión con los valores superiores- pero que no lo hace con el conflicto de hecho, que es a fin de cuentas el que viven los y las ciudadanas –en términos de CARNELUTTI, de esta manera queda patente la obtención de una tregua pero no de la paz-.

CAPÍTULO II. LA GESTIÓN DEL CONFLICTO COMO ACCESO A LA JUSTICIA

Una de las cuestiones centrales de todas las reflexiones previas es sin lugar a dudas la gestión de conflictos; y es que esta no es una cuestión baladí ni tampoco en la que resulte sencillo obtener una posición unánime. Es sin embargo pretensión de este segundo capítulo presentar algunas líneas clarificadoras al respecto asumiendo desde un inicio que lo que se entiende en este trabajo por “gestión –adecuada- de conflictos” no es una perspectiva compartida de forma mayoritaria en el ámbito jurídico. Se podría incluso matizar que más que una discordancia en el concepto, se trata de una cuestión relegada a un segundo plano en el sistema judicial, lo que ha impedido un estudio detallado de esta. Ello explica por otra parte las carencias destacadas a lo largo de este trabajo del sistema judicial como herramienta de gestión de conflictos así como la discordancia entre el restablecimiento de la paz, la gestión adecuada de conflictos y el mandato de hacer justicia.

Debe advertirse además del marcado carácter práctico de este capítulo en contraposición al estrictamente conceptual del primero. Este segundo capítulo permite centrar todo lo expuesto previamente en una vertiente más pragmática, pudiendo contrastar la efectividad práctica de algunas cuestiones planteadas y que para algunos autores se mantenían en un plan puramente idealista.

Es quizá en este apartado donde cobra mayor utilidad para el lector recurrir al caso planteado en la introducción de este trabajo, a fin de poder comprobar con mayor facilidad la efectividad de lo expuesto.

Para ello se centrarán las primeras líneas de este capítulo en analizar de forma algo más detallada lo que se entiende por conflicto desde diferentes perspectivas y por gestión del mismo. Posteriormente se presentarán algunas herramientas de gestión de conflictos que se consideran adecuadas para complementar el sistema judicial en las carencias previamente destacadas. Se trata a fin de cuentas de analizar esta problemática desde un nuevo ángulo, obteniendo de un

mismo planteamiento inicial unos matices diferentes, diversificando las características de los conflictos e incorporando herramientas que sí logren alcanzar dichos matices. Se advierte desde un inicio que lo planteado en este capítulo no es una visión contrapuesta a la gestión de conflictos manejada en el sistema judicial sino una visión renovada que se defiende como más amplia. Se apuesta por tanto no por una sustitución de actual sistema, sino por analizar abiertamente cuáles son los causante de que las resoluciones judiciales no logren la satisfacción del ciudadano y, desde ahí analizar en profundidad otras vías adecuadas para la gestión de conflictos.

3. EL CONFLICTO Y SU GESTIÓN

Como ya se adelantaba, no basta una somera pasada por encima de la presente cuestión, y es que esta encierra unos matices que son justamente los que nos permiten dotar de una connotación positiva renovada a los conflictos en la sociedad, así como de las enriquecedoras posibilidades que nos brindan una adecuada gestión de los mismos. Por ello parece esencial comenzar dedicando algunas líneas a lo que se entiende por conflicto desde una perspectiva amplia, relacionándolo con las cuestiones previamente expuestas.

Otra de las cuestiones más importantes de este trabajo es la gestión de estos conflictos. No es desconocido por nadie que los conflictos se han gestionado desde tiempos inmemoriales. Lo que sí ha ido variando ha sido la forma de gestión y la mayor aceptación de una u otra de estas formas. Es importante por ello reflexionar brevemente sobre la evolución de esta gestión, deteniéndonos en las herramientas utilizadas y la posible justificación que existe de dicha evolución. Una de las cuestiones más complejas de este trabajo será definir qué se entiende por conflicto gestionado o más bien qué se entiende por gestión adecuada de un conflicto.

CEDEÑO, E. defiende que *“Vivimos en una sociedad cuya cultura es el conflicto, contrapuesto a una cultura de paz como anhelo universal. El conflicto es tan antiguo como la humanidad y alrededor de este concepto se tejen teorías que van desde concebirlo como una enfermedad social hasta reconocerlo como indispensable para el desarrollo de la humanidad.”*⁷⁸; se hace necesario por tanto iniciar este debate aclarando qué se entiende por conflicto.

3.1 EL CONFLICTO

Se hace necesario en primer lugar resaltar las diferentes acepciones del concepto “conflicto”. Se trata de un concepto que puede abordarse de

⁷⁸ CEDEÑO, E., *“Mediación comunitaria: teoría del conflicto”*, HEINONLINE. 48 Rev.Der.P.R. 223 2008- 2009, p. 223.

numerosas perspectivas, alcanzando una complejidad indudable. Es sin embargo objetivo de esta apartado presentar dos enfoques más asequibles y manejados de manera relativamente común en el ámbito jurídico. No debe olvidarse que el análisis que interesa en este caso del conflicto es su relación con el sistema judicial –el proceso- y en la gestión de los mismos en relación con el acceso a la justicia. Es por ello que su análisis en este trabajo se reduce a los dos enfoques mencionados previamente siendo los mismos los siguientes: en primer lugar se abordará la concepción de uso mayoritario –muy especialmente en el ámbito jurídico- pasando posteriormente a presentar o recalcar la faceta más humana del conflicto, defendiendo su importancia también en el ámbito jurídico.

3.1.1 LA CONCEPCIÓN DEL CONFLICTO

Existen innumerables definiciones de conflicto y, lo que es más importante, numerosos enfoques de este concepto que llegan a ser incluso contrapuestos, lo cual imposibilita presentar una definición única. Una de las metas de este apartado será encontrar una definición que refleje correctamente el mayor número de conflictos posible y sea a su vez aceptable desde las diferentes perspectivas que se puedan tener del conflicto. A estos efectos se recogerán diversas definiciones que destacan características disímiles de los conflictos haciendo una breve reflexión de la connotación que se desprende de las mismas.

Se adelantaba ya que en la evolución que ha vivido el concepto de conflicto, se ha ido positivizando el mismo. Debe matizarse sin embargo que se trata no tanto de una modificación del concepto sino de una ampliación del mismo, ya que para un importante colectivo de la sociedad –si no la mayoría- el concepto de conflicto sigue manteniendo una connotación negativa -la cual no desaparece por completo en las definiciones más positivas del conflicto-.

Claro reflejo de ello puede ser la definición que encontramos del mismo en el Diccionario de la Real Academia:

“1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig.

2. m. Enfrentamiento armado.

3. *m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.*
4. *m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.*
5. *m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.*
6. *m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.”*

En la misma se refleja el conflicto como una situación difícilmente superable, haciendo referencia a la fuerza física y el combate –incluso armado-, así como al malestar psicológico. Aunque podemos encontrar algunas acepciones algo más neutrales, las destacadas son claramente negativas.

Existe frente a este tipo de definiciones algunas visiblemente más neutrales, que si bien remarcan un posible desencuentro, presentan el mismo desde una perspectiva menos negativa. Una definición que podría reconocerse como neutral es la que presenta MORENO CATENA quien reconoce que *“la vida humana en sociedad no siempre transcurre por vías pacíficas, sino que las relaciones entre los diferentes miembros de una comunidad con frecuencia están marcadas por la tensión. Los seres humanos entran en contienda con sus semejantes por las más variadas razones, que va desde simples problemas derivados del carácter de dos sujetos, hasta disputas por el poder y la dominación en un ámbito social o político determinado”*⁷⁹.

Resulta de especial interés esta definición ya que nos permite avanzar rescatando una característica de los conflictos reconocida de forma casi unánime, y es que el mismo es inherente a la vida humana en sociedad. Se aceptan ya en este tipo de definiciones los conflictos como disputas, que no tienen por qué incluir la fuerza física y parecen reconocerlas desde una perspectiva ligeramente más amplia y con una connotación negativa marcada al menos en menor medida. En referencia a este innegable carácter social de los conflictos establece MORENO MARTÍN que *“en los foros académicos es difícil encontrar voces que defiendan hoy la idea de que los conflictos se pueden evitar.*

⁷⁹ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMIGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4º ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.35.

*Existe abundante literatura sobre prevención de conflictos, pero no está orientada a la posibilidad de evitar la confrontación, la incompatibilidad y el malestar, sino a reducir sus expresiones violentas y desestabilizadoras. Existe un acuerdo caso unánime en que los conflictos son inevitables.”*⁸⁰.

Asumido que los conflictos en sociedad son inevitables, los esfuerzos se centran claramente en la gestión de los mismos una vez han surgido⁸¹, y por tanto estamos hablando de su desarrollo y consecuencias.

Por último parece interesante añadir a estas definiciones de acepción negativa o neutral una última y especialmente simple en comparación con las anteriores. HOCKER y WILMOT reconocen como conflicto la “*Lucha expresada entre, al menos, dos personas o grupos interdependientes, que perciben objetivos incompatibles, recompensas escasas e interferencias del otro en realizar sus metas.*”⁸². De esta interesa destacar un elemento nuevo, que no se plasmaba en las ya mencionadas: la percepción. Si bien se volverá sobre este término más adelante, los autores incorporan a la definición un elemento tremendamente subjetivo que no puede trabajarse –y gestionarse- si no es con una participación activa de las partes. Ello abre además las puertas a que dicho conflicto no se dé por una incompatibilidad de intereses o metas sino por la simple percepción de la misma, lo cual podría derivar en afirmar que no existe realmente el conflicto planteado por las partes⁸³. Si bien puede parecer una cuestión menor, incorporar esta característica a la definición de conflicto resulta de gran importante para la

⁸⁰ MORENO MARTÍN, F. “*La Mediación y a evolución histórica de conflicto*”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir) *Mediación: un método de ? de conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010, p.27.

⁸¹ Se comparte la opinión de MORENO MARTÍN en cuanto la gestión de conflictos se hace a posteriori y no con la finalidad de prevenirlos. No puede sin embargo pasarse por alto que la gestión pacífica de los conflictos manera la prevención de conflicto como una formación continua de los ciudadanos capacitándoles para la gestión adecuada de futuros conflictos. De esta manera sí puede hablarse de una prevención de conflictos, entendiéndose por ella una gestión más adecuada y pacífica de conflictos futuros disminuyendo los costes emocionales y económicos que puedan derivar de los mismos, como se verá más adelante.

⁸² HOCKER, J. y WILMOT, W., *Interpersonal Conflict*, Dubuque, Iowa, WM.C. Brown, 1978, p.9.

⁸³ De esta afirmación puede derivarse por tanto que de ser presentado dicho conflicto como una incompatibilidad de metas sin serlo realmente, la respuesta tendrá importantes posibilidades de no poner fin al conflicto ya que partirá de un conflicto inexistente. Cabe apuntar que se reconoce en el sistema judicial la capacidad de reconocer la existencia o no de un conflicto, sin embargo en ocasiones resultará complejo detectarlo como veremos más adelante.

gestión de los mismos en cuestiones ya que la percepción de la existencia de un conflicto difícilmente podrá trabajarse en vía judicial.

Hasta aquí se reconocen características generales de connotación negativa o neutral de los conflictos que si bien pueden aceptarse como correctas, desde esta perspectiva defendida en este trabajo se conciben como definiciones incompletas, lo cual se pretende demostrar a continuación.

Ya se mencionaba al inicio que una de las características de la evolución del concepto de conflicto ha sido su marcado carácter positivo destacado por numerosos autores, especialmente a partir de los años setenta, momento en el que se da un auge del estudio de los conflictos y la paz. Encontramos así, frente a las primeras definiciones, otro tipo de enfoque del conflicto que si bien resalta la mencionada percepción de objetivos o metas incompatibles, rescata elementos positivos del conflicto.

Así, GALTUNG reconoce *“Una perspectiva positiva del conflicto: el conflicto como un reto, la incompatibilidad de metas es un desafío tremendo, tanto intelectual como emocionalmente, para las partes involucradas. Así, el conflicto puede enfocarse básicamente como una de las fuerzas motivadoras de nuestra existencia, como una causa, un concomitante y una consecuencia del cambio, como un elemento tan necesario para la vida social como el aire para la vida humana”*⁸⁴. En la misma línea encontramos numerosas definiciones que rescatan la necesidad del conflicto en la vida social como elemento de cambio, como elemento positivo de crecimiento e intercambio. Entendido desde esta perspectiva *“El conflicto es un proceso interactivo, el resultado de un juego comunitario, de una construcción social producto de la creación humana, y un depositario de oportunidades que permiten que la civilización avance y evolucione. El conflicto no es un peligro, sino una oportunidad, porque tiene una función social positiva que permite el desarrollo de intercambios”*⁸⁵. En la primera

⁸⁴ GALTUNG J., *“Conflict as a way of life”*, *Essays in Peace Research*, vol. III. Chirstian Ejleres: Copenhage, 1978, p. 486.

⁸⁵ MOISÈS AMORÓS, FERRAN CAMPS I XAVIER PASTOR, *“Mediació comunitària i gestió alternativa de conflictes a Catalunya. Una guia per la governabilitat”*, Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2000.

se recupera nuevamente la –percepción de- incompatibilidad de intereses o metas, modificando en esta la simbolización de la misma. Si inicialmente parecía ser el germen de la contienda, en estas últimas se reconoce como una oportunidad de intercambio y de enriquecimiento mutuo. Ello induce obviamente al dialogo, si bien no se menciona directamente en estas definiciones, y nuevamente nos encontramos con una necesidad de participación activa de las partes implicadas –reconociéndose directamente en la definición que el reto al que se enfrentan no solamente es intelectual sino también emocional-.

Además de estos elementos se recuerda que el mismo es inherente a la vida en sociedad. Es especialmente este último elemento el que nos impulsa a abordar la cuestión de su gestión con mayor detalle, y es que una vez aceptado que el conflicto en la vida sociedad es inevitable, todo esfuerzo en su investigación parece poco, independientemente de defender una definición del mismo más o menos positiva.

Se hace necesario sin embargo posicionarse en este punto sobre el concepto de conflicto que se maneja en este trabajo y justificarlo. De las líneas previas no resultará sorprendente afirmar que en esta investigación se apostará por un concepto positivo del conflicto. Se defiende de esta manera que se trata de una definición más amplia de conflicto y que no tiene por qué ser contrapuesta a una visión más negativa en su totalidad; es decir, se reconoce unas consecuencias negativas de los conflictos que son innegables pero que, para tener una visión completa del conflicto deben verse complementadas por unas posibles consecuencias positivas del conflicto y ésta solamente pueden darse cuando se dé una gestión adecuada de los conflictos.

Trazando sutiles líneas de conexión de estas últimas reflexiones con lo abordado en el primer capítulo, se defiende que la gestión de conflictos realizada en la vía judicial obedece a una visión negativa o neutral de los conflictos. Se reconoce simplemente como una contienda entre una o más partes en las que para poner fin, se hace necesario distinguir cuál es el vencedor en la misma. La estructura del sistema judicial conlleva la necesidad de establecer un ganador en la contienda, pues así se entiende resuelta la misma. No existe así en la vía judicial

un acercamiento a la búsqueda de las consecuencias positivas del conflicto⁸⁶. Si diferenciamos las consecuencias de los conflictos en dos fases, el trabajo realizado en la vía judicial se quedaría en la primera la negativa- excluyendo en su estudio todos aquellos matices que permiten alcanzar la segunda –la positiva. De esta manera, la gestión del conflicto no puede alcanzar una resolución óptima ya que se mantiene en un plano inferior, alimentando el sentimiento de contienda entre las partes implicadas. Se gestionan los conflictos de forma estructurada pero no óptima, bloqueando de esta manera alcanzar la paz.

En las líneas previas se mencionaba que la perspectiva desde la que se observen o defiendan los conflictos influirá sobre su desarrollo y sus consecuencias. De esta manera, una gestión no adecuada – u óptima- de los conflictos puede incluso intensificar el conflicto presentado y aumentar las consecuencias negativas del mismo -de ahí la importancia de analizar cuál es la concepción aceptada por el sistema judicial-.

Esta comprensión del conflicto se recoge en una compleja definición del concepto de conflicto de VIÇENT FISAS, según el cual este es un *“Proceso interactivo que se da en un contexto determinado. Es una construcción social, una creación humana diferenciada de la Violencia (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto), que puede ser positivo o negativo según cómo se aborde y termine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (puede convertirse en paz) por las mismas partes, con y sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que como resultado se dan disputas, suele ser producto de un antagonismo o una incompatibilidad (inicial, pero superable) entre dos o más partes, el resultado complejo de valoraciones, pulsiones instintivas, afectos, creencias, etc., y que expresa una insatisfacción o desacuerdo sobre cosas diversas”*⁸⁷.

⁸⁶ Podría incluso entenderse a la inversa: al manejar el sistema judicial una concepción negativa del conflicto, su finalidad es poner fin al mismo. De esta manera se priva a las partes –e incluso se podría decir que al mismo sistema- de una gestión óptima del conflicto, de una transformación del mismo, siendo esta la única vía en la que pueden alcanzarse consecuencias positivas óptimas de un conflicto.

⁸⁷ FISAS ARMENGOL, V., *“Cultura de paz y gestión de conflictos”*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 141 y ss.

De esta manera, debe resaltarse la importancia que tiene la percepción que se esté manejando del conflicto a la hora de estructurar las herramientas de gestión de mismo. Qué duda cabe que si estamos manejando una visión negativa o neutral los esfuerzos se centrarán en eliminar los conflictos o en darlos por concluidos lo antes posible. Diferente es la estructura de aquellas herramientas de gestión de conflictos que apuestan por una visión positiva de estos. Desde las mismas se reconoce cada conflicto como una oportunidad de cambio y de mejora, por lo que no se “pondrá fin” a ellos sino que se trabajarán o incluso aprovecharán para el desarrollo personal de las partes implicadas e incluso para un crecimiento social. Su gestión no se entenderá por tanto adecuada culminando en su eliminación sino en su transformación como veremos más adelante.

3.1.2 HUMANIZACIÓN DEL CONFLICTO

Si bien cobra mayor interés estudiar la gestión de los conflictos apoyándonos en herramientas concretas, se hace necesario distinguir muy brevemente en este punto lo que hemos destacado como consecuencias negativas y posibles consecuencias positivas. Y para ello debemos adentrarnos en esa nueva perspectiva tantas veces advertida a lo largo de este trabajo: la perspectiva humana del conflicto. En el primer capítulo se dedicaba el apartado 2.3 A) a señalar la relación entre la controversia de hecho y la controversia jurídica, defendiendo que no existen controversias jurídicas sin controversia de hecho – si bien puede darse esta última sin la primera-. Así se destacaba la necesidad de analizar con mayor detalle aquello que da pie a la gestión de controversias jurídicas para su adecuada gestión: las controversias de hecho, que no son otras que disputas entre personas. Ello se justifica principalmente porque si bien la gestión que se hace actualmente es principalmente por la vía jurídica y necesita por tanto ser analizada desde esa perspectiva, no es menos cierto que en algún momento dicha gestión vuelve a la parcela de “los hechos”, y difícilmente obtendremos una respuesta adecuada si no analizamos las repercusiones de los conflictos en dicha parcela que es a fin de cuentas desde la que se solicita una

gestión –donde se da el conflicto, donde se vive-. Se considera pues ineludible dedicar unos breves minutos a recordar lo que entendemos por conflicto y sus consecuencias desde su perspectiva “más humana”.

Se reconoce desde luego el esfuerzo necesario del lector para abordar estas líneas, desprendiéndose en ellas cuestiones que parecen pertenecer más al ámbito de la psicología o la sociología que al del Derecho. Sin embargo se vuelve a hacer hincapié en la raíz de las controversias jurídicas: disputas humanas, o al menos derivadas de relaciones humanas. Se hace por ello indispensable mencionar muy brevemente algunos elementos a tener en cuenta, y es que los conflictos tienen importantes repercusiones en las personas implicadas, y para ofrecer una adecuada gestión de los mismos, debe tenerse presente su existencia.

De esta manera es necesario retomar la dirección de algunas de las definiciones de conflicto ya mencionadas en la que se hablaba de la percepción de intereses o metas contrapuestas. Muchas son las definiciones que aluden directamente al poder, al dominio, como elemento que motivan conflictos. URY establece que *“Una disputa comienza cuando una persona (u organización) efectúa un reclamo o demanda a otra que los rechaza. El reclamo puede surgir de algo que se percibe como un daño o de una necesidad o aspiración”*⁸⁸.

Si partimos de estos elementos descriptivos del conflicto, los cuales se reproducen tanto en las definiciones positivas como negativas, encontraremos ciertamente repercusiones en las partes implicadas que podemos reconocer como negativas o dañinas. Volviendo a la idea de estructurar todo conflicto en dos fases, nos encontraríamos en este momento ante la primera dándose en

⁸⁸ URY, W.L., BRETT, J.M., GOLDBERG, S.B., *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, p. 4. Para CARNELUTTI es la lucha motivada por la necesidad de abarcar o mantener el dominio sobre un objeto, una parcela o una situación la que conlleva la guerra tanto a nivel microscópico –entre personas- como a nivel macroscópico- entre pueblos-, CARNELUTTI, F., *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 1994.

esta las “*repercusiones directas*”. Son por tanto las que se dan inmediatamente tras el comienzo de la disputa y puede extenderse en el tiempo tanto como quede el conflicto sin gestión adecuada. Se distinguen por ser principalmente emocionales –aunque pueden ser económicas y de hecho cuando más avanza en el tiempo mayor puede ser dicha pérdida, derivada directamente del conflicto y de su inadecuada gestión- y responden a una sensación de contrariedad o de pérdida de control de la situación de las partes implicadas.

Resulta de gran ayuda recurrir a una idea especialmente usada en el ámbito de la psicología. Así se identifica el momento de la disputa como una *situación de cambio*⁸⁹ -se pasa de una situación sin conflicto a una con conflicto- y es el simple cambio el que puede provocar malestar e incomodidad a quienes se encuentran involucrados. Se habla entonces de pasar de la “*zona de confort*” a la “*zona de pánico*”⁹⁰, obviando las diferencias aplicadas a esta reflexión. En esta fase las personas en conflicto se encuentran desplazadas involuntariamente de su *zona de confort* por una contradicción con respecto a lo que es la *zona de confort* del “*otro*”⁹¹. Se está por tanto aludiendo a la primera fase del conflicto, en las que las partes implicadas perciben una insatisfacción actual o futura de ciertas necesidades –o derechos-, debido a la contraposición de las mismas –o al menos la percepción de la misma- con las de un tercero.

Dependiendo de las características concretas y sin las herramientas adecuadas –e incluso en posesión de estas en algunas ocasiones- las partes podrán enfrentarse a costes en ocasiones extremadamente elevados tanto económicos como emocionales en la gestión del conflicto surgido. Sin un tratamiento adecuado de gestión, el conflicto irá escalando y generando mayores costes, multiplicándose estas repercusiones negativas. En este caso se entiende que

⁸⁹ Y hablamos de situación de cambio ya que si pasamos de una situación sin disputa a una con disputa, es innegable que algún elemento ha provocado un cambio en la situación vivida, la cual la hace pasar al conflicto.

⁹⁰ Inknowation, ¿Te atreves a soñar? .
<https://www.youtube.com/watch?v=8LwvuQkAGcA&feature=kp>

⁹¹ Esta reflexión es fácilmente trasladable al choque de derechos. De esta manera, en ocasiones puedo considerar vulnerado o dañado mi derecho cuando un tercero pretende ejercer uno propio.

una o todas las partes implicadas se mantienen por un tiempo prolongado⁹² en la “zona de pánico”.

Siguiendo el mismo esquema, se habla de una tercera fase llamada la “zona mágica”. En ella se consideran superadas las repercusiones negativas del cambio y las partes implicadas se ven enriquecidas, fruto del trabajo del cambio. Las repercusiones que se alcanzarías entonces serían las “repercusiones futuras”, únicamente reconocidas desde la aceptación del conflicto como proceso positivo. Éstas pueden diferenciarse en dos vertientes distintas: por un lado, aquellas que suelen paliar las posibles repercusiones directas; por otro, aquellas que realmente convierten el conflicto en un elemento positivo de la convivencia –oportunidad de cambio-. Son aquellas repercusiones que se reconocen como inalcanzables sin las herramientas necesarias y que se reconocen como no alcanzables dada la estructura actual de gestión de conflictos.

Si previamente se asumía repercusiones directas de los conflictos –negativas en su caso- y se afirma posteriormente la posibilidad de generar repercusiones futuras positivas, estamos obviamente hablando de una transformación del conflicto. Esta idea de transformación del conflicto ha sido ya destacada en palabras de varios autores, y especialmente ilustrativo resulta el pensamiento de GALTUNG. Mediante el llamado Método Transcend, incluido dentro de su Teoría del desarrollo, intenta ir más allá del conflicto “desarticulando” –*decoupling*- su estado actual y “rearticulándolo” -*recoupling*- en una nueva realidad, defendiendo que si “*usamos medios positivos y oportunos (empatía, creatividad y noviolencia) para la transformación de un conflicto, entonces el fin será igualmente (o al menos potencialmente) positivo y constructivo*” ⁹³. Se deja por tanto a un lado la idea de reparto de intereses, para crear nuevos recursos que modifiquen los elementos actuales influyendo directamente en la estructura del conflicto. Los

⁹² Se afirma incluso desde la perspectiva de este trabajo que cuando el conflicto es resuelto mediante herramientas que sigan el esquema “perder-ganar”, una de las partes puede mantenerse por tiempo indefinido en la “zona de pánico” ya que para esta el conflicto puede no haber quedado resuelto. Se podría incluso ir más allá afirmando que en ocasiones, hasta parte ganadora puede mantenerse en esa zona de pánico ya que la respuesta obtenida puede poner fin a la controversia jurídica pero dejar sin gestión práctica de la controversia de hecho.

⁹³ LEECH, P., “Galtung’s ‘Structural Violence’ and the Sierra Leone Civil War c.1985-1992” Revolve, The People & Planet Network. URL: http://www.pandnetwork/journal/articles/structural_violence.

elementos actuales del conflicto serían las *posiciones* de las partes ante éste y el trabajo de la transformación consistiría en abandonar las mismas *en pro* de un reconocimiento mutuo de los intereses del otro, dándose una experiencia de concienciación y adquisición de nuevos conocimientos; es decir, permitiéndose un enriquecimiento mutuo.

Esta gestión de los conflictos genera diferentes consecuencias como puede ser las siguientes:

- Una fuerte disminución de las repercusiones directas al permitir a las partes una comprensión global y transversal del conflicto de manera que el resultado de éste es mucho más controlado y vuelve a manos de las partes –mayor concienciación de los hechos y por tanto capacidad de gestión-. Conviene en este punto recordar la postura de GALTUNG que entiende que *“la violencia genera traumas y una forma de superar un trauma, tanto en víctimas como en el autor, es justamente posibilitar la construcción o reconstrucción de las relaciones”*⁹⁴.
- En consecuencia de lo anterior, se da un conocimiento real por parte de los intervinientes de todos los elementos manejados en el procedimiento y por tanto una mayor seguridad en sus posteriores posturas. Esto conlleva que el sentimiento de satisfacción tras el conflicto sea mayor, más real y más duradero. Esto a su vez fomenta actitudes cooperativas y solidarias que generan en la sociedad dinámicas de reeducación en las relaciones sociales. En esta dirección se pronuncia FISAS al exponer que la transformación *“aprovecha el conflicto para construir la paz a través de compromisos a largo plazo que involucran toda la sociedad”*⁹⁵.

Podríamos concluir así que, admitiendo la transformación del conflicto, se entiende que éste es, como expone COSER, *“creativo, factor de renovación y de cambio social al provocar cambios en las estructuras y en los valores que*

⁹⁴ CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”. Revista paz y conflictos. Núm 2. Año 2009. Issn: 1988-7221, p. 76.

⁹⁵ FISAS ARMENGOL, V., “Cultura de paz y gestión de conflictos”, Icaria, Barcelona, 1998, p.141.

conducen a nuevas formas sociales”⁹⁶. Adoptando la definición propuesta reconocemos el conflicto no solamente como un generador de cambio a nivel micro –entre las personas involucradas- sino también a nivel macro, buscando de esta manera aprovechar la oportunidad que nos brinda para generar cambios más amplios tanto espacial como temporalmente.

Cabe destacar finalmente que se puede reconocer en este tipo de aproximación al conflicto, o más concretamente de su gestión, una perspectiva ya reflejada cuando se hablaba anteriormente del concepto de “*multidoor courthouse*” según el cual cada conflicto debe gestionarse de una forma diferente, con una herramienta distinta, atendiendo a ciertas características del mismo que exceden de lo estrictamente jurídico. Se hablaba entonces de “personalizar” el procedimiento al tipo de conflicto para que su gestión sea más adecuada. De esta manera, se diferencian unos conflictos de otros atendiendo a diferentes criterios como pueden ser la relevancia de la relación entre las partes en conflicto, la causa del conflicto o posibles repercusiones del conflicto entre otras muchas y esta diferenciación no es posible si no se da una aproximación al conflicto que vaya más allá de lo estrictamente jurídico –es decir, se hace necesario no perder de vista la perspectiva humana del conflicto.

3.2 GESTIÓN DE CONFLICTOS. EVOLUCIÓN Y FINALIDAD

Una vez alcanzada una visión más amplia de lo que puede entender por conflicto resulta necesario analizar cómo pueden gestionarse. Nuevamente existe variedad en la forma de gestión, especialmente influenciada, como ya se mencionaba, por el concepto de conflicto que se esté manejando. Se tratará en este apartado primeramente la cuestión de la prevención de los conflictos y las

⁹⁶ LEWIS A. COSER, “*The Functions of Social Conflict*”, The Free Press, Nueva York, 1956, p. 23.

herramientas que parecen diseñadas a este fin. Tras ello se realizará un breve recorrido por los diferentes modelos de gestión de conflictos que se han ido sucediendo, destacando a su vez en alcance de cada una de ellas en la gestión del conflicto –o, si se prefiere, en su posibilidad de transformarlo-.

3.2.1 EL CONFLICTO Y LAS NORMAS

Recuérdense en este punto las palabras de MORENO MARTÍN que decía que *“Existe abundante literatura sobre prevención de conflictos, pero no está orientada a la posibilidad de evitar la confrontación, la incompatibilidad y el malestar, sino a reducir sus expresiones violentas y desestabilizadoras.”*⁹⁷. De esta manera, el autor dirige los esfuerzos de la gestión –y prevención- a la reducción de consecuencias perjudiciales de los conflictos recalcando las expresiones violentas y desestabilizadoras que generan los conflictos –inadecuadamente gestionados-. Y es que no cabe duda que si bien se defiende una vertiente positiva de los conflictos como oportunidad de cambio y enriquecimiento mutuo, no debe pueden negarse las repercusiones extremadamente negativas que pueden suponer conflictos no gestionados. Sobran los ejemplos en la derivación de los mismos en violencia y vulneración de derechos tanto a nivel micro como a nivel macro.

Resulta especialmente interesante detenerse en este punto en las palabras de CARNELUTTI, en referencia a su análisis de la guerra y la paz. Este autor presenta una brillante (re)definición de la guerra, diferenciando la “macroscópica” de la “microscópica”. La primera sería básicamente la que reconocemos vulgarmente, aquella que definimos como combate entre pueblos. Sin embargo CARNELUTTI reconoce también la “guerra microscópica”, que se traduce en la guerra entre individuos, enfocando la guerra desde la perspectiva del dominio y la economía. De esta manera recupera la mencionada contraposición de objetivos o metas mencionada anteriormente estableciendo que *“Son actos*

⁹⁷ MORENO MARTÍN, F., *“La Mediación y a evolución histórica de conflicto”*, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir) *Mediación: un método de ? de conflictos*, Cólex, Madrid, 2010, p.27.

*económicos todos aquellos mediante los cuales tratan los hombres de satisfacer sus necesidades. (...) Las necesidades de los hombres son ilimitadas y los bienes son limitados. Desdichadamente los bienes, mientras satisfacen ciertas necesidades, estimulan otras. (...) Cuanto más tiene, más quisiera tener. Por eso es que los hombres, como las naciones, se hacen la guerra.*⁹⁸. De esta manera entiende que las personas se hacen la guerra para obtener aquello que desean o necesitan -yendo más allá de lo material- y se mantiene según el autor mientras quien mantenerlo bajo su *dominio*, para no ser arrebatado⁹⁹.

Lo más interesante a efectos de este trabajo aparece cuanto el autor analiza cómo se alcanza la paz tras la guerra, lo que a efectos de esta investigación sería la gestión del conflicto. Pues bien establece que *“El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden, así el orden se resuelve en la paz. Los hombres se hacen la guerra, pero necesitan vivir en paz.”*¹⁰⁰. Parecería deducirse de sus palabras que el Derecho, la existencia de normas, podría ser lo que lleve a la paz, al orden. Sin embargo realiza una diferenciación esencial entre la tregua y la paz, estableciendo que *“La guerra, pues, no tanto termina con la paz, cuanto que tiende a la paz. Lo que pone fin a la guerra es el pactum; y la raíz de pacto es pax. Otra palabra expresiva es la de contrato, que quiere decir en el fondo lo mismo: poniendo fin a la guerra, los hombres, en vez de estar el uno contra el otro, tratan de estar juntos. (...) En la lucha llega inevitablemente el punto muerto cuando alguno de los dos tiene la sensación de no poder obtener un resultado mejor del ya conseguido, de manera que seguir combatiendo redundaría en pura pérdida. Entonces los combatientes hacen la paz. Pero esta es una expresión eufórica, que no responde a la realidad. En la realidad, más que de la paz se trata de una tregua.”*¹⁰¹ Resalta de esta manera que el Derecho representa la

⁹⁸ CARNELUTTI, F., *Cómo nace el derecho*, op. cit., p. 11.

⁹⁹ Recuérdese en este punto la similitud que tiene el pensamiento de CARNELUTTI con lo mencionado previamente: el conflicto que mantiene tanto tiempo como se mantenga el sentimiento de contienda –inseguridad, “zona de pánico”- en las personas involucradas. Puede incluso llegar una supuesta solución en la que se le otorga a una de las partes lo deseado, pero la inseguridad de mantiene mientras lo otorgado siga “en peligro” de ser nuevamente disputado por la otra parte.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, F., *Cómo nace el derecho*, op.cit., p.11.

¹⁰¹ *Ibíd*em, p.12.

tregua, y no la paz. Entre dos partes en lucha o conflicto, estas pueden poner fin a la contienda aludiendo a aspectos económico o por mandato; este último es el Derecho, que impone el cese de la contienda¹⁰². Volviendo a lo que exponíamos al inicio, son las partes en conflicto las que presentarán su disputa ante el sistema judicial para que sea él quien establezca los términos de la tregua; para que reconozca quien y en qué medida se desobedeció al mandato.

De todo ello podemos concluir que una de las finalidades del Derecho se traduce en gestionar las “guerras microscópicas” –y con ello no se excluyen las macroscópicas, sino se resalta la necesidad de gestionar también las primeras- permitiendo mantenerlas “bajo control”, alcanzando unos niveles que se consideren aceptables. Ello lo hace a través: (a) del establecimiento de normas y (b) del control posterior del cumplimiento de estas.

a) En referencia al primer mecanismo, si bien no es objeto de este trabajo analizar el acierto de las normas, sobra decir que se comparte la opinión de MORENO CATENA que establece que *“en ausencia o escasez de reglas preestablecidas y vinculantes para organizar la convivencia, la libertad de cada individuo solo encuentra límites en la de los demás, lo que conduce a que el conflicto sea consustancial a la vida en sociedad, en pugna por una serie de recursos escasos, multiplicándose dichos conflictos a medida que son más las libertades individuales convergentes en el mismo ámbito”*¹⁰³. Si bien el establecimiento de normas no evita los conflictos, sí permite un mayor control de los mismos¹⁰⁴ y puede beneficiar la prevención de algunos de ellos. Interesa sin

¹⁰² Y esto puede entenderse *a priori* tanto como una tregua previa a la guerra de manera que no se da por cumplimiento de las normas, como tregua posterior a la guerra de manera que es nuevamente la norma, esta vez en forma de resolución judicial –por su desobediencia previa- la que pone fin a la guerra.

¹⁰³ MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos*. Técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011, p. 21.

¹⁰⁴ Debe señalarse pese a ello que CARNELUTTI establece en *Cómo nace el Derecho*, p. 14 que “*si el mandato debe estar formado antes que surja el peligro de la guerra, no puede ser un mandato específico y concreto, (...); no puede estar formulado, en cambio, sino en forma hipotética o general: general, porque se dirige a todos los ciudadanos, no a este o a aquel; hipotética, porque les prescribe una conducta y les amenaza con una sanción para el caso de que se manifieste entre ellos el peligro de una guerra*”. Señala que esta necesidad de establecer normas de carácter general imposibilita por tanto la perfecta adecuación de la norma a cada caso –ello revela la ya mencionada necesidad de una flexibilización de la aplicación de las normas a cada caso-. Alude a continuación al aumento de la creación de normas, con intención de paliar la carencia previamente expuesta, lo cual conlleva una nueva complicación, y es que “*(...) la producción de las leyes, como la producción de las mercaderías en serie, se resuelve en un decaimiento del cuidado en su construcción. Pero lo más grave está en que al crecer su número,*

embargo, como se analizará más adelante, la repercusión que tiene en la gestión de conflictos la existencia previa de normas así como el conocimiento de la forma de gestionar los mismos. A efectos de prevención de conflictos, puede entenderse que la existencia de normas facilita que, en su cumplimiento, ciertos conflictos no lleguen a darse –se trataría en su caso de analizar son conflicto que no nacen o por lo contrario latentes, que si bien no presentan una contienda abierta pueden deteriorar as relaciones interpersonales-.

b) Es pues el segundo punto el que nos interesa: la gestión de los conflictos. Y es que estos, son en palabras de CARNELUTTI, reflejo de guerra y desorden no solamente para las partes implicadas de manera directa, sino también para el resto de miembros que conforman la sociedad. En palabras de GIMENO SENDRA *“el nacimiento de un litigio entre los particulares o el de un conflicto entre la sociedad y alguno de sus miembros origina un estado de insatisfacción individual o colectiva. La paz social se ha alterado y urge equilibrar los intereses en pugna”*.¹⁰⁵.

Parece así que los conflictos pueden verse disminuidos con el establecimiento previo de normas las cuales, de ser obedecidas, minimizarían el número de conflictos sin eliminarlos por completo. Se trataría por tanto de adelantarse a los conflictos manteniendo de esta manera un orden aceptable. Sin embargo se asumía previamente la inevitabilidad de los conflictos en sociedad, dándose pese a las normas previas, ciertos conflictos. La cuestión que ocupa el centro de este trabajo es analizar finalmente la forma más adecuada de gestionar dichos conflictos. Siguiendo la propuesta de CARNELUTTI los conflictos son desorden por lo que la gestión del conflicto supondrá restablecer el orden posteriormente. En referencia a ello se pronuncia nuevamente MORENO CATENA estableciendo que *“cuando se producen enfrentamientos y tensiones que perturben la paz social es preciso instalar mecanismos de concordia, pues así como el conflicto*

no consiguen llenar ya su función. Recuérdese que esta función consiste en dar a los hombres la certeza del derecho, es decir, en hacerles saber lo que deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo; a este fin es necesario que las leyes puedan ante todo ser conocidas. Pero ¿cómo hace hoy un ciudadano para conocer todas las leyes de su país? (...).

¹⁰⁵ GIMENO SENDRA, J.V., Fundamentos del derecho procesal, Civitas, Madrid, 1981, p.22.

*es inevitable, su falta de solución resulta socialmente intolerable*¹⁰⁶. Se entiende por tanto que transgredidas las normas debemos atender a mecanismos de concordancia o sistemas de restitución del orden –o la paz-¹⁰⁷.

Veamos pues las diferentes formas de gestión que se han ido sucediendo en el tiempo presentando a su vez la finalidad y alcance de cada una de ella.

3.2.2 LA GESTIÓN DE CONFLICTOS. EVOLUCIÓN Y FINALIDAD

Si se asumía previamente que los conflictos son inherentes a la vida en sociedad, inevitables para el ser humano que es sociable por naturaleza y a fin de su supervivencia, es obvio que estos conflictos se vienen gestionando desde el inicio de los tiempos, independientemente del acierto de cada gestión. De esta manera se reconoce igualmente como forma de gestión aquellas que resuelvan el conflicto por medio de la violencia o la fuerza en cualquiera de sus variantes. Frente a esta forma de gestión de conflictos que trata de poner fin¹⁰⁸ al conflicto de manera destructiva o disociada, encontramos otros mecanismos que se reconocen como constructivos o asociativos.

Veamos con algo más de detalle las diferentes vías de gestión de conflictos que pueden diferenciarse a grandes rasgos.

¹⁰⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Introducción al Derecho Procesal, op. cit., p.35.

¹⁰⁷ ROBLES GARZÓN comparte esta visión señalando que *“la convivencia trae consigo la necesidad de crear normas que reglamenten las relaciones sociales, jurídicas y de convivencia. No obstante, aun existiendo dichas normas, esto no impide que los miembros de la comunidad puedan transgredirla, ocasionando con ello un litigio, entendido como conflicto intersubjetivo de intereses en tanto que la existencia de la pretensión de uno de los interesados se va a encontrar con la resistencia del otro. Este litigio provoca el quebranto de la paz social por lo que se hace necesario buscar mecanismos o sistemas que sirvan para devolver dicha paz a la comunidad”*. ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, 2008, Madrid, p.31.

¹⁰⁸ Y cabe mencionar aquí una importante aclaración. La reflexión seguida en este trabajo se contrapone a entender que a un conflicto se le pueda poner fin por medio de la fuerza o la violencia. Quedará si se prefiere bajo control de una de las partes –aquella que tenga mayor poder para imponerse-, pero el conflicto permanecerá latente por tiempo indefinido o hasta que una de las partes –la menos poderosa- recobre fuerza suficiente para enfrentarse de nuevo. Se retoma así la idea de CARNELUTTI de tregua y no de paz, lo cual se reconoce en este trabajo como un conflicto gestionado, pero no adecuadamente ya que no alcanza la situación óptima y deseable.

A) AUTOTUTELA

Se reconoce como la forma de gestión de conflictos más primitiva¹⁰⁹ ya que no se recurre en su gestión una herramienta como tal. Se trata por tanto de una autodefensa en caso de conflicto en la cual las partes implicadas no acuden para resolver la cuestión del litigio a ninguna referencia –norma o tercero- “superior”. Así reconoce ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que *“La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (...), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso. De ahí que la autodefensa brinde una solución parcial (como obra de una o de ambas partes) y egoísta (lo que no significa que forzosamente sea injusta) (...)”*¹¹⁰.

A efectos de este trabajo resulta interesante rescatar además que la autotutela, independientemente del carácter de justicia que pueda otorgarse a la situación alcanzada, conlleva obligatoriamente una sumisión de una de las partes –de la imposición de la decisión por la otra parte-. Se trata por tanto de eliminar el combate abierto pero no se logra alcanzar la gestión del conflicto latente mediante la atención adecuada del mismo. En este sentido se manifiesta GONÁLEZ CANO estableciendo que *“el uso unilateral de la fuerza provoca un coste social muy alto como sistema de autotutela, autodefensa o autoayuda, y, además, no soluciona el conflicto de manera irrevocable o definitiva puesto que la discusión, alcanzado en definitiva mediante la imposición de la fuerza, nunca es definitivo ni seguro en el tiempo”*¹¹¹. Ello confirma lo que anteriormente ya se reflejaba en cuanto al concepto de conflicto. Entendido como un elemento

¹⁰⁹ Así lo reconoce CALAMANDREI en las siguientes palabras *“en una asociación primitiva, en la que no existía, por encima de los individuos, una autoridad superior capaz de decidir e imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o el acuerdo voluntario entre los dos interesados (contrato) (...) o, cuando no se llegue al acuerdo voluntario, en el choque violento entre los dos interesados, cada uno de los cuales emplea frente al otro la propia fuerza individual para constreñirlo a abandonar toda pretensión sobre el bien discutido.”* CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. I, Buenos Aires, 1962, p.222.

¹¹⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991, p.50.

¹¹¹ GONZÁLEZ CANO, I, *“Los medios alternativos de resolución de conflictos”*, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos...*op.cit. p. 131.

perturbador en sí y gestionado hacia su eliminación a la mayor brevedad posible, obtenemos resultado que si bien pueden satisfacer temporalmente a una de las partes, se mantiene en la primera fase del conflicto imposibilitando, por la forma de gestión usada, la visión positiva del mismo. Cabe resaltar además que, como tantas veces se ha mencionado ya, el resultado es equivalente a una tregua ya que la imposición supone la no aceptación de la nueva situación por una de las partes –no existe pacto entre las partes en conflicto sino sumisión por una de ellas-. Ello conlleva inevitablemente el resurgir del mismo conflicto cuando la parte perdedora se considere en disposición de retomar aquello de lo que ha sido privada a la fuerza¹¹². Esto supone grandes costes ya que, en primer lugar, las partes se verán abocadas a enfrentarse nuevamente –e incluso en algunos casos la reapertura del conflicto se dará un número elevado de veces-, pudiendo afectar además los mismo a terceros –y al grupo social en general-. En segundo lugar se hace indispensable recordar la vertiente humana del conflicto como ya se hacía previamente y desde esta resaltar que los conflictos gestionados por imposición suelen generar en la parte vencida sentimientos negativos añadidos a la frustración en sí del conflicto inicial. De esta manera este tipo de gestión alimenta deseos de venganza e incrementa la aversión a los conflictos reforzándose la concepción negativa de los mismos¹¹³ y aumentando las repercusiones negativas del mismo toda vez que facilita el surgimiento de nuevos conflictos asociados al primero. No debe dejarse de lado tampoco el coste social que supone este tipo de gestión de conflicto ya que como señala ROBLES GARZÓN *“a pesar de las ventajas que tiene este sistema –sobre todo la rapidez y la economía- tiene un grave inconveniente: quebrantada la tranquilidad social, ésta no que restaurada por el hecho de haber alcanzado una solución. En efecto, esta solución no es la más justa, sino la que resulta de la imposición del más*

¹¹² Queda patente en este caso que no se alcanza el equilibrio que mencionaba anteriormente GIMENO SENDRA como elemento esencial para restablecer la paz social, en GIMENO SENDRA, J.V., Fundamentos del derecho procesal, Civitas, Madrid, 1981, p.22

¹¹³ Una de las partes en conflicto experimenta ante el mismo un coste económico y emocional importante culminando el mismo con la victoria de la otra parte. Se multiplican e intensifican de esta manera las repercusiones directas de los conflictos contemplándose desde un plano cada vez más lejano las repercusiones futuras. Ello además se acrecienta en la reapertura de conflicto ya que se confirma –erróneamente- en varias ocasiones que no existe posibilidad de salir victorioso en un conflicto de características similares.

*fuerte sobre el más débil*¹¹⁴. Sobra decir que presentar a la sociedad esta forma de gestión de conflictos queda lejos de avanzar hacia la paz.

Por los grandes inconvenientes que supone no sorprende que muchos sean los ordenamientos que prohíban este tipo de tutela¹¹⁵ cobrando así especial importancia, por otra parte, garantizar el acceso a la justicia. Es además, como ya se mencionaba al inicio, una forma de gestión que se reconoce como primitiva y superada por otras más adecuadas. Cabe pese a ello admitir que no se reconoce por esta parte en absoluto superada esta forma de gestión de conflictos. Sobra dedicar líneas de este trabajo a demostrar que en todas las sociedades los ciudadanos recurren a la autotutela en numerosas ocasiones o por diversos motivos. Y esto tiene una enorme importancia ya que son sabidos los efectos perjudiciales que conlleva solventar un conflicto por el uso de la fuerza –más cuando se reconoce como prohibido por el ordenamiento lo cual lleva aparejado además una sanción añadida- y, pese a ello y a tener otras herramientas más evolucionadas, se sigue recurriendo con enorme facilidad a la autotutela. Puede intuirse por tanto desde aquí que quizá no resultan suficientes las mismas, ni tampoco la puesta en marcha de numerosas herramientas si las mismas no van acompañadas de una aceptación y participación activa de los ciudadanos en las mismas como se verá más adelante¹¹⁶.

¹¹⁴ ROBLES GARZÓN, J. A., Conceptos básicos del Derecho Procesal Civil, op. cit, p. 32.

¹¹⁵ Así establece GIMENO SENDRA que *“como consecuencia, pues, de los peligros que, ara la sociedad, entraña este método de solución de conflictos, todos los ordenamientos internos suelen erradicarla, de un lado, prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho (art. 455CP) o tipificando el delito de coacciones (art. 172 CP) y, de otro, garantizando el derecho de tutela o de libre acceso de los ciudadanos a sus Tribunales (art. 24 CE)”*. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit p. 18. Lo mismo expone ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO puntualizando que *“la autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consienta en situaciones excepcionales, y aun en ellas se le ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto”*, en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit. p. 13.

¹¹⁶ Resultan interesantes las palabras de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en una defensa o aceptación de la autodefensa puntual, enunciando que *“Así, pues, lo único que he pretendido destacar es, por un lado, la imposibilidad actual de eliminar la autodefensa y, por otro, algunas de las ventajas que en medio de sus inconvenientes ofrece.”*, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., p. 57. En la misma dirección establece CARNELUTTI que *“no sería prudente, fuera de aquellos casos en que produzca considerable perturbación social, prohibir la autodefensa, ya que el proceso tiene también su costo –con frecuencia no despreciable, con frecuencia muy elevado-, sin que tampoco pueda rechazarse que en ocasiones la defensa privada cueste socialmente menos y rinda más”*. CARNELUTTI, *Lezione*, Vol. II, N°93, p.153-154. Citado por ALCALÁ-ZAMORA en su op.cit. De esta manera

B) HETEROCOMPOSICIÓN

Pasemos directamente al método de gestión de conflictos que se encontraría en el extremo opuesto: la heterocomposición. En estos se da la intervención de un tercero desinteresado para que sea quien imponga cómo poner fin al conflicto. Se reconoce como un método civilizado en el que son normalmente las mismas partes en conflicto las que van a solicitar la ayuda del mencionado tercero.

Cabe resaltar del mismo que el tercero se sitúa *supra partes*, imponiendo la solución al conflicto planteado e incluso teniendo poder, en su caso –por medio de la actividad judicial únicamente- de hacer cumplir lo establecido.

Las dos vías más clásicas de la heterocomposición, y a las que haremos referencia dada la extensión de este trabajo son la vía judicial y el arbitraje. En ambas el tercero se encuentra como se comentaba ya *supra partes* pero existen diferencias que cabe destacar muy brevemente:

- En el caso del arbitraje, la solución será impuesta por el árbitro pero no podrá hacer cumplir coactivamente lo establecido en caso de incumplimiento por alguna de las partes; ello solamente podrá hacerse por la vía judicial. En contraposición a esto, la vía judicial incluye en su caso la ejecución forzosa ya que la potestad jurisdiccional contiene tanto la facultad de juzgar como de hacer ejecutar lo juzgado y esta corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, tal y como se establece en el art. 117.3 CE¹¹⁷.

queda patente que en no pocas ocasiones lo que reconocemos como justicia jurídica escapa de los objetivos de los ciudadanos quienes prefieren poner fin al conflicto y para ello entienden que la autotutela es más adecuada. Incluso puntualiza ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que *“la autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consienta en situaciones excepcionales, y aun en ellas se le sea necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto”*, en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit. p. 13.

¹¹⁷ En este sentido establece MORENO CATENA que *“el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan teniendo presente de modo fundamental su auctoritas, careciendo de la potestas, del imperium para hacer cumplir coactivamente su decisión. EL juez, por su parte, es instituido como tal por el Estado, que lo hace depositario de la potestad jurisdiccional y goza de la nota de la independencia; viene llamado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art.117.1CE). Por consiguiente, ambos pueden juzgar con igual eficacia, pero la*

- Por otra parte, al arbitraje podrán presentarse únicamente conflictos cuyo objeto verse sobre materias disponibles para las partes, mientras que al proceso judicial puede llevarse todo conflicto que verse sobre cualquier tipo de derecho como es obvio, independientemente de que tenga o no carácter disponible. E incluso más: *“en muchos casos, es decir, cuando se trata de derechos indisponibles y, en concreto, de derechos fundamentales, la jurisdicción presenta el único instrumento admisible para la solución de controversias”*¹¹⁸.
- Mientras que la legitimación en el caso del arbitraje viene dada por las partes, en la vía judicial la potestad de resolver sobre el asunto planteado le viene atribuida legalmente.
- Por último, y siendo esta una diferencia que resulta especialmente interesantes a efectos de este trabajo y a su vez íntimamente relacionada con la diferencia previa, en el caso del arbitraje al ser su legitimación dada por las partes esta conlleva obligatoriamente que ambas acudan expresamente al mismo para otorgarle la potestad de resolver sobre su conflicto. En el caso de la vía judicial es suficiente con que una de las partes plantee el conflicto ante la misma para que la otra parte (o partes) sean llamadas a participar en la misma. Así se marca en la vía judicial un posible inicio forzoso de participar en la gestión de un conflicto lo cual como se verá más adelante no es un hecho baladí.

Una de las características más relevantes de estas formas de gestión de conflictos es que *“en estos modelos los sujetos enfrentados no dialogan directamente entre sí, sino que se comunican a través de un tercero a quien ordenadamente formulan sus alegaciones, con lo cual, además, se aleja a las*

ejecución forzosa de lo juzgado, al requerir la coacción, el imperium, queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional”. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit, p.68.

¹¹⁸ TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 126. Y aun más, *“el Derecho sólo autoriza la intervención arbitral para resolver conflictos sobre derechos disponibles, es decir, referidos a relaciones jurídicas cuya conformación y desarrollo queda enteramente confiado a la voluntad de las partes, de manera que en esos casos las normas jurídicas únicamente se aplican en defecto de las previsiones y soluciones de los sujetos titulares de los derechos”*. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., p. 40.

*partes de la solución para atribuir esta función a un tercero, colocado por el Estado (juez) o por las propias partes (árbitro) en una posición jerárquicamente superior tanto respecto a ellas como al conflicto*¹¹⁹. Se elimina por tanto todo tipo de comunicación entre las partes, justificado en parte por la solicitud de las mismas al tercero de poner fin a su conflicto. Se deduce de ello que estas no pueden o no creen poder poner fin al conflicto presentado y es por ese motivo principal¹²⁰ por el cual acuden a un tercero. Un elemento importante de relegar a las partes en un segundo plano es que en este momento, la controversia de hecho ya se ha convertido en una controversia jurídica, moviéndose en un ámbito en el que se requiere una formación cualificada para su manejo. Este es uno de los más importantes motivos por los que las partes se retiran voluntariamente de la gestión de su conflicto: entienden que sus letrados conocen mejor el caso¹²¹. Esto también es asumido por estos modelos, los cuales están estructurados para tomar el control de la situación.

Interesa por último profundizar ligeramente en el proceso judicial.

Establece MORENO CATENA que *“el Estado se apodera en régimen de monopolio del enjuiciamiento de los conflictos que puedan producirse en el seno de la sociedad y de la ejecución de lo resuelto, en virtud del principio de preservación de la paz pública*¹²², y más allá de lo cuestionable que puede resultar la última afirmación en referencia a la preservación de la paz social, lo

¹¹⁹ GONZALEZ CANO, I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. OTERO PARGA (Coords.), *Mediación y solución de...*, op. cit., p. 136.

¹²⁰ Y aunque esto puede tener menos debate en el caso de plantar un conflicto sobre materias no disponibles, caso en el cual se hace necesario acudir a la vía judicial, lo cierto es que parece razonable plantear la siguiente duda: en un número importante de casos, especialmente los presentados en vía judicial, las partes no se plantean siquiera otra forma de gestión de su conflicto porque está socialmente aceptado que los conflictos se resuelven por vía judicial. Como se verá más adelante existe quizá una cultura del litigio –judicializado– que puede ser causa tanto de la fuerte congestión de los juzgados como por otra parte de la insatisfacción de las respuestas dadas por los mismos.

¹²¹ Nuevamente nos encontramos con una afirmación que parece razonable poner en duda: en primer lugar parece dudoso que un tercero ajeno al conflicto lo conozca mejor que las propias partes implicadas –conocerá mejor, en su caso, la gestión estrictamente jurídica del caso que le plantea su cliente–. En segundo lugar si previamente de reconocía una faceta emocional en el conflicto, nuevamente parece complicado que el letrado, experto en controversias jurídicas, plasme en la defensa dicha parte emocional sin la participación de su cliente.

¹²² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit. p. 67.

cierto es que pese a las innumerables críticas que recibe el sistema judicial, se sigue acudiendo al mismo hasta incluso colapsarlo. Así lo destaca MARTÍN DIZ recordando que *“en boca de casi todos, expertos juristas y ciudadanos legos. Está siempre la crítica (o autocrítica en algunos casos) por la lentitud, carestía y distancia (en forma y fondo) de la justicia respecto del ciudadano. Se percibe a la Justicia como una institución agotada, cansada, renqueante de múltiples e interminables achaques. Aun así la Justicia, en el sentido de resolución de conflictos en vía jurisdiccional, es un enfermo con salud de hierro. Aun así recurrimos a ella para resolver conflictos, litigios, disputas, problemas.”*¹²³. Es por tanto innegable que esta vía de gestión de conflicto destaca entre las demás por ofrecer ciertos elementos diferenciados al ciudadano. Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO *“el proceso, abstractamente considerado, parece hoy por hoy el mejor método para resolver litigios, por la nota de imparcialidad que lo caracteriza y por la fuerza que a sus decisiones presta el ir respaldada por el mecanismo coactivo del Estado”*¹²⁴. Parecen destacarse principalmente elementos que ofrecen a las partes en litigio seguridad sobre el desarrollo del proceso y la fuerza de las decisiones. Así mismo, se hace necesario destacar la seguridad que ofrece a la ciudadanía poder conocer previamente el tipo de respuesta que puede darse a su conflicto –pese que es justamente esta una de las características que genera una fuerte crítica por la posible no adecuación de las respuestas al caso concreto-.

De esta manera se reconoce en los métodos heterocompositivos como una forma más evolucionada de gestión de conflictos que recoge todas las garantías del debido proceso, el cual se analizaba con detalle en el Capítulo I (1.2.2) y ofrece al ciudadano una seguridad en cuanto al proceso que va a seguirse y un conocimiento aproximado de las posibilidades que se le pueden brindar por el

¹²³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, p. 21.

¹²⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, op. cit., pp. 112-113. Suma a ello el reconocimiento de una crítica mayoritaria, pese a estas reconocidas bondades, en referencia a su ordenación procedimental y a la intervención de las profesiones forenses.

mismo¹²⁵. Pese a ello, se reconoce unas carencias que aunque se han ido destacando sutilmente, se verán con mayor profundidad a continuación.

C) AUTOCOMPOSICIÓN

Esta vía se reconoce como fundamentalmente pacífica y se sitúa generalmente en un punto intermedio entre las dos anteriores –autotutela y heterocomposición-.

La primera característica que puede desprenderse de su mismo nombre es que no cabe imposición alguna, dándose en este caso un pacto –real- entre las partes en conflicto en caso de alcanzarse, es decir, el acuerdo se alcanza por voluntad de las partes y no por la voluntad ni de una de ellas, ni de un tercero *supra partes*. Esta característica parece acercarla más a la autotutela en la que también el resultado escapa de cualquier tercero, siendo la diferencia entre ambos modelos la voluntad de ambas partes en la autocomposición la que permite el pacto.

Así, GIMENO SENDRA afirma que *“la autocomposición se asemeja con la autodefensa en la circunstancia de que, tanto en una como en otra, son los propios interesados quienes solucionan el conflicto, aunque en aquella puede eventualmente aparecer un tercero cuya función consista en aproximar a las partes. Pero difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino, como ha quedado dicho, el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas”*¹²⁶.

No son pocas las críticas que recibe esta idea de pacto, ya que para muchos autores este podría considerarse desequilibrado o ficticio. En este sentido FAIRÉN GUILLÉN establece que *“aunque en superficie, parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede*

¹²⁵ Así reflejo de ello y situación normalizada es la del letrado informando a su cliente de lo que va a dictar el juez de forma previa al juicio. Igualmente las estrategias de los abogados se estructuran sobre un conocimiento previo de lo que cabe esperar del juicio, dada la respuesta análoga para casos análogos –siendo de hecho la asunción errónea y extremadamente expandida en la vía judicial aquella por a que se entiende que los casos análogos se resuelven correctamente con respuestas análogas-.

¹²⁶ GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit. p.23.

*haber una sumisión del más débil*¹²⁷. En la misma dirección establece ROBLES GARZÓN que la autocomposición “*supone una fórmula de resolución de conflictos más civilizada que la autodefensa, aunque sigue presentando un grave inconveniente: si bien se abandona la fuerza física, en este momento quien se impone es la parte económica o temporalmente más fuerte*”¹²⁸. Entre otros autores, las carencias se dirigen claramente hacia un existente desequilibrio entre las partes¹²⁹. Se alude tanto al poder económico como a lo que se llamará mayor capacidad discursiva de una de las partes sobre la otra, lo cual permite a la primera presionar a la segunda hasta su sumisión. Desde este punto de vista se defiende que en caso de discurrir de esta manera se estaría volviendo más a la autotutela que a un método autocompositivo. Podría sin embargo alegarse que esta violencia no física se ejerce de manera que finalmente ambas partes pactan entre ellas el resultado y apareciendo el elemento de la voluntad, todo ello se catalogaría dentro de los métodos autocompositivos.

Sobre ello debe mencionarse muy brevemente que de forma general no debe dejarse a un lado lo siguiente: y es que si bien pueden reconocerse pactos en los que no se cumpla íntegramente los intereses de una de las partes, la valoración externa del mismo debe hacerse en atención a la libertad en la decisión en ambas partes y no tanto en la solución que pacten¹³⁰. Es decir, la

¹²⁷ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Librería Bosh, Barcelona, 1990, p. 20.

¹²⁸ ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 32. A esta reflexión se su ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO para quien “*con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente y, en realidad, envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en verdad es*”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, op. cit., p.56. Igualmente lo hace GIMENO SENDRA considerando que “*los medios de composición posibilitan el que laguna de las partes, debido a su hegemonía en el litigio, precedente de la desigualdad económica o a través de sus malas artes, pueda imponer una solución a la otra y lo que, a simple vista aparezca como una actitud altruista del resignado, no esconda otra cosa sino una obligada rendición*” en GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit. p.24. Por último, cabe recordar en este sentido la posible manipulación de la Racionalidad D de AARNIO, quien hacía alusión a la posibilidad de existir una superioridad en la capacidad discursiva de una de las partes; en AARNIO, A., “*La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*”, *Doxa*, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990, p. 31.

¹²⁹ Como se verá más adelante uno de los elementos esenciales de herramientas autocompositivas como es por ejemplo la mediación, trabaja en profundidad el equilibrio entre las partes para obtener un diálogo adecuado y garantizar así decisiones libremente aceptadas.

¹³⁰ Es justamente una de las conclusiones de este trabajo, en las que nos adentraremos más adelante, que la justicia o adecuación de una respuesta a un conflicto difícilmente puede medirse en términos de repartos reconocidos como equitativos –reconociendo como equitativos los

atención debe centrarse en que dicha voluntad no haya sido viciada, que la persona no se encuentre forzada a aceptar –dado que en este caso pierde el carácter de pacto pasando a ser una imposición-.

De la crítica previa se desprende justamente una de las mayores bondades de la autocomposición: la participación activa de las partes en conflicto. Dicha participación permite a las partes en conflicto alcanzar una solución óptima de este ya que son en este caso *expertos* en el caso concreto. Así defiende MORENO CATENA que “*como resulta obvio, la autocomposición permite una mejor solución de los conflictos, puesto que finalmente, el arreglo se alcanza y se logra la pacificación social a través del concierto de voluntades de las partes contendientes, que son quienes mejor que nadie pueden saber lo que más les conviene*”¹³¹. Además de la adecuación de la solución al caso concreto, lo cual facilita el cumplimiento de lo pactado, cabe destacar otro elemento que permite reforzar dicho cumplimiento: nuevamente la voluntad de las partes. Y es que justamente al ser el pacto fruto de la voluntad de ambas partes y no de una de ellas o de un tercero, su cumplimiento resulta más sencillo puesto que el acuerdo refleja aquellos que las partes consideran mejor, y no otra cosa.

Otra característica de los métodos autocompositivos que en este caso los acercan a la heterocomposición tomando distancia de la autotutela es la participación de un tercero imparcial, que debe además estar debidamente cualificado a tal fin. Se trata sin embargo de un tercero *intra partes* y no *supra partes* como sucedía en la heterocomposición, el cual no podrá imponer una solución a las partes puesto que como ya se destacaba con estas las que deben alcanzar el acuerdo.

pactos que obedezcan a un reparto 50%-50% entre las partes-. Los conflictos conllevan una complejidad tal que difícilmente puede valorarse si lo pactado es realmente justo de manera externa –y medido milimétricamente-. De ahí que se apueste por tomar en cuenta también la voluntad de las partes. Sobre decir que el sistema judicial se acatan como justas y adecuadas soluciones que no ponen fin al conflicto de hecho ni tampoco recogen la voluntad de las partes lo cual, para ser una herramienta de gestión de conflictos, parece más difícil de defender.

¹³¹ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 38.

De lo expuesto previamente puede afirmarse que esta modalidad maneja un concepto positivo de conflicto en su concepción más amplia:

- Facilita que se trabaje, en la gestión del conflicto, elementos emocionales puesto que son las mismas partes las que tratarán las cuestiones que consideren oportunas para la gestión del conflicto.
- Apuesta por la capacidad de las partes para gestionar por sí mismas el conflicto por medio de participación activa en el procedimiento.
- Apuesta por una gestión satisfactoria del conflicto para ambas partes por medio del diálogo y el reconocimiento mutuo. Sigue por tanto un modelo *win-win* que solamente se maneja en la concepción positiva del conflicto.

En referencia al concepto de acceso a la justicia podemos decir que su concepción se acerca claramente a la que definíamos como tercera oleada, en la que se apuesta por una adecuación del resultado al caso concreto.

4. HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA EN SENTIDO AMPLIO

Se han destacado hasta aquí diferentes elementos que deben tomarse en cuenta, en primer lugar, para reconocer las exigencias del acceso a la justicia de manera plena, defendiendo que ello solo puede hacerse desde su perspectiva amplia. Se considera por tanto necesario como primer paso para garantizar el acceso a la justicia en sentido amplio reconocer o aceptar esta (re)interpretación. Y es que de no englobar en el mismo concepto las características pertenecientes a lo que se denominada la tercera oleada, con el consiguiente reconocimiento y atención a otros elementos –como por ejemplo el conflicto en el proceso- todo debate posterior carece de sentido.

Se dedica a continuación el primer apartado a recordar aquellos elementos que nos permiten afirmar la necesidad de mejoras en el sistema y por otra parte la atención a determinados conceptos para su plena satisfacción. Se hará en esta dirección especial hincapié en la paz. No es desde luego objeto de este trabajo abrir en este punto un nuevo debate conceptual sobre el mismo, pero una breve revisión del mismo permite perfilar algunas cuestiones mencionadas previamente. Ello permite además fundamentar la necesidad de nuevas herramientas que garanticen en acceso a la justicia, como se demostrará.

En segundo lugar se dedicará, no podía dejar de presentarse una de las herramientas claves de los métodos autocompositivos, presentados como herramientas alternativas y evolucionadas que se acercan en mayor medida a la resolución pacífica de conflictos: la mediación. Debido a la extensión de este trabajo, se limitará a presentar las características principales de la mediación y trazar las líneas de conexión con el trabajo desarrollado hasta ahora comprobando su adecuación para complementar al sistema judicial en aquellos casos en los que, por su estructura y finalidad, no resulte adecuado para gestionar determinados conflictos.

4. 1. GESTIÓN ÓPTIMA DEL CONFLICTO, PAZ Y ACCESO A LA JUSTICIA

Existe una estrecha relación entre los conceptos conflicto, paz y acceso a la justicia, encontrándose un hilo conductor entre ellos que no hace más que respaldar la reflexión previa en cuanto a la necesidad de reconocer una nueva perspectiva del acceso a la justicia. Incluso más, esta reflexión que se inicia permite trazar una nueva silueta que más que resaltar el alcance del mismo o el resultado al que se aspira, muestra la forma de alcanzarlo. Resulta, por el trabajo previamente realizado, casi una comprobación práctica de las limitaciones de las herramientas tradicionales de gestión de conflictos, más que un nuevo debate.

4.1.1 GESTIÓN DE CONFLICTOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

La labor de aclaración conceptual realizada en este trabajo no ha sido poca y ha seguido la misma dirección en cada concepto: un reconocimiento o alcance más amplio –reclamando mayor flexibilidad, mayor reflexión en los conceptos que manejamos tal como nos han explicado-. Así se hacía respecto del **acceso a la justicia** defendiendo que se entendía satisfecho no solamente al alcanzar una decisión judicial –incluyendo todas las fases formales y materiales reconocidos propiamente por la tutela judicial efectiva y el debido proceso- sino que debía exigirse un control posterior en la adecuación de dicha decisión al caso concreto. Así se diferenciaba del debido proceso material y con el reconocimiento del acceso a la justicia en sentido amplio se hacía exigía nuevamente un alcance más amplio en cuanto a la razonabilidad. Del concepto restringido solamente podía exigirse la razonabilidad *en* el sistema cuyo control se realizaba confrontando las decisiones judiciales con los valores superiores del sistema. En contraposición, la aceptación del acceso a la justicia en sentido amplio conllevaba el reconocimiento de nuevas exigencias como la adecuación de la decisión al caso concreto, lo cual hacía exigible la **razonabilidad del sistema**, señalándose la falta de existencia de mecanismos de control para ello –o más bien la incapacidad de articular dichos mecanismos por la estructura excesivamente firmal del sistema judicial-. Al afirmar que la razonabilidad del

sistema se comprueba controlando la adecuación de las decisiones a cada caso concreto se defiende que una de la finalidad del sistema va más allá de una resolución judicial, debiendo resolver la controversia. Así, se hacía mención a la relación entre lo que se reconocía como controversia de hecho y controversia jurídica. Recuérdese que se señalaba la prioridad –cronológica al menos- de la **controversia de hecho a la jurídica**. De esta manera se afirmaba que no existen controversias jurídicas sin una controversia de hecho: las ciudadanas tienen disputas de diversas características que son, si se permite la expresión, traducidas a lenguaje jurídico. Y esto sucede por un motivo bien simple: la herramienta principal de gestión de conflictos es la vía judicial, en la cual se analizan –objetivamente- las situaciones planteadas en términos jurídicos, poniéndolas en manos de un experto –*supra partes*- a quien se reconoce capacidad de resolver jurídicamente la disputa. Y ello es sin duda un avance frente a otra forma de gestión de conflictos como puede ser la autotutela, en la que impera la ley del más fuerte, en la que se carece de justicia en la decisión –independientemente de que el resultado pueda coincidir con ciertos criterios de justicia finalmente-. Se detectaban sin embargo ciertas carencias siendo una de ellas, y volviendo a la idea que se destacaba, la incapacidad de realizar esa mencionada traducción de la respuesta jurídica obtenida a una respuesta que podría llamarse de hecho. Si se defendía que los conflictos entre los ciudadanos no son en realidad jurídicos sino que ello responde a una suerte de traducción a efectos de poder ser gestionados por la herramienta principal, el mismo razonamiento se sigue al entender que finalmente la respuesta debe darse a ese conflicto de hecho, debe tener cabida fuera del razonamiento jurídico –la respuesta jurídica debe encajar en el “mundo de a pie”-. Así se defendía que el fin último del sistema judicial es la paz social y para ello debe adecuar sus respuestas a cada caso concreto, comprobando su efectividad práctica, si así quiere llamarse, y ello solamente era posible mediante el ya mencionado control de razonabilidad del sistema en las decisiones judiciales.

A lo previamente expuesto debe sumarse la necesidad, a fin de garantizar un acceso a la justicia en sentido amplio, de potenciar el estudio del **conflicto** tanto en el proceso como en procedimientos. Si la finalidad del sistema es

gestionarlos, no puede relegarse su estudio y la atención de sus características a un segundo plano. Ello no hace más que reforzar la importancia de atender las facetas más humanas del conflicto, incluyendo además de las consecuencias del mismo en las ciudadanas y en la sociedad, las características propias del conflicto –como pueden ser su evolución, clasificación, etc.-.

Al adentrarnos en el estudio del conflicto se reconocían diferentes acepciones del mismo, apostando por una de ellas: la positiva. De esta manera se defendía el conflicto como inherente a la vida en sociedad y motor de cambio de la misma. Se aceptaba como reto a nivel particular y social, reconociendo en el mismo una oportunidad de crecimiento y avance si su gestión era adecuada por medio del diálogo, el intercambio y el reconocimiento mutuo. Se concluía así que la forma óptima de gestión de conflicto no era su eliminación sino su trabajo, por medio de la participación activa de las partes implicadas, para la transformación del mismo. Se destacaban numerosas bondades de reconocer el conflicto desde una perspectiva positiva: un menor coste económico y emocional –a nivel personal y social-; la eliminación de la violencia en la gestión del mismo, un posible enriquecimiento personal y social; una mayor adecuación de la solución al caso concreto –permitido por la participación activa de las partes implicadas en la gestión del mismo-; directamente derivada de la previa, un mayor cumplimiento de lo pactado, minimizando conflictos futuros, etc.

Se afirmaba de esta manera que gestionar el conflicto desde una perspectiva positiva, desde métodos autocompositivos, se convertía en una vía pacífica de gestión de conflictos.

Cabe en este momento hacer un inciso sobre el concepto de paz, ya que no es menos cierto que los métodos heterocompositivos se reconocen en números ámbitos como medios pacíficos ya que no existe en ellos violencia.

4.1.2 GESTIÓN PACÍFICA O NO ADVERSARIAL DE CONFLICTOS

Se pretende de forma muy breve presentar ciertos matices que permiten distinguir el concepto de paz manejado en la gestión heterocompositiva de conflictos y el manejado en la gestión autocompositiva de los mismos, ya que si bien ambos métodos puede reconocerse como pacíficos, parecen existir notables diferencias.

A) CONCEPTO NEGATIVO DE PAZ

Como ya se resaltaba en las palabras de CARNELUTTI, no pocas veces se asocia la paz a la guerra, en cuanto se entiende que la primera pone fin a la segunda. Por ello no resulta sorprendente que los inicios de la Investigación para la Paz coincidan con la toma de conciencia de las devastadoras consecuencias de la II Guerra Mundial, a raíz de la cual se empieza a trabajar una teoría de la paz más profunda¹³². Sirva de apunte esclarecedor de la evolución de este concepto lo expuesto por MUÑOZ y LÓPEZ MARTÍNEZ:

- i. Se empieza primeramente a manejar un **concepto negativo de paz**, desarrollándose más la polemología que la irenología *“en gran medida porque el propio fenómeno de la guerra y sus asociados debían ser explicados de manera racional, lógica y científicamente para, también desde estas premisas, no sólo diagnosticar sino evitar su fenomenología: para ser abolida tenía que ser entendida y estudiada. El concepto de paz nació así como ausencia de guerra o situación de no-guerra (...)”*¹³³. De esta manera la atención está en realidad centrada en el conflicto, la guerra. No se trata tanto de alcanzar la paz sino de evitar la guerra, de ahí que se diese un estudio más profundo de la segunda.
- ii. Solamente a finales de los años cincuenta puede observarse un paso hacia la irenología, momento en que se manejan como conceptos centrales la **paz positiva** y la **violencia estructural**. Se entiende así

¹³² MUÑOZ, F.A., LÓPEZ MARTÍNEZ, M., (eds.): *Historia de la Paz. Tiempos, espacios y actores*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2000, p.19.

¹³³ *Ibíd*em, p.20.

que la primera “(...) *era el resultado de una construcción consciente de una paz basada en la justicia, generadora de valores positivos y perdurables, capaz de integrar política socialmente, de generar expectativas, de contemplar la satisfacción de las necesidades humanas, etc.*” Mientras que la violencia estructural hace referencia a “*un tipo de violencia indirecta presente en la injusticia social*”¹³⁴. Se da de esta manera una evolución del concepto hacia una paz que se obtiene por una actitud activa y no por una represión¹³⁵. Aunque se mantiene el interés en evitar la guerra, se avanza hacia una construcción de la paz, siendo su efecto directo no llegar a la guerra.

Esta evolución se denota igualmente de las palabras de LEDERACH, que resalta el término griego *eirene* como la ausencia de hostilidad o de conflicto violento, puntualizando su uso en la unidad interior y social, es decir, dentro de la comunidad, pero no frente al adversario¹³⁶. Se encuentra por tanto nuevamente la acepción negativa en la que la paz se reconoce por la ausencia del conflicto. Un término análogo y especialmente interesante es el de *pax* que “*señala una relación legal y recíproca entre dos partidos. Por tanto, etimológicamente, el concepto pax está íntimamente relacionado con la idea de mantener y respetar lo legal, que marca y define las relaciones e interrelaciones humanas. Así por definición, paz es conservadora, ya que mantiene e orden establecido. Es la paz de la ley y del orden*”¹³⁷. Se mantiene en el concepto de paz negativo pero en este caso la ausencia de conflicto se mantiene por el orden impuesto por la ley¹³⁸.

¹³⁴ MUÑOZ, F.A., LÓPEZ MARTÍNEZ, M., (eds.): *Historia de la Paz. Tiempos, espacios y actores*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2000, p.21.

¹³⁵ Nótese la similitud en la evolución de concepto de paz y el concepto de conflicto, unido a su gestión. En ambos casos se comienza detectando un mal que se intenta eliminar y reprimir, pasando posteriormente a la articulación de ciertas estructuras que parecen anticiparse minimizándose los posibles daños. En ambas evoluciones se hace notar el paso de la represión para obtener el fin a la participación activa.

¹³⁶ LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos*. Educación para la paz, Catarata, Madrid, 2000, pp. 16 y 17. Igualmente apunta que *eirene* es el “estado entre guerras” o “tiempo de paz”, lo que recuerda la idea tantas veces destacada de tregua de CARNELUTTI.

¹³⁷ *Ibídem*, p. 17.

¹³⁸ Cabe destacar además una curiosa consecuencia de los términos *eirene* y *pax*, y es que como se mencionaba, manejan una paz estructural u organizativa interior. Ello conlleva a su vez reconocer “otra parte” –la exterior, o incluso el conflicto en sí- como ajena a ese concepto de paz e incluso como enemigo a fin de conservar la paz interior, el orden interior, la ley. No deja de resultar contradictorio que en la misma concepción de la paz se encuentre una justificación de protección interna por medio de la violencia, es decir, estos conceptos de paz requieren para su mantenimiento la guerra con “el otro”.

Ello recuerda pues a la esencia de los métodos heterocompositivos, en los que los conflictos se mantienen bajo control por la aplicación de la ley.

Resulta interesante conectar estos conceptos de paz a la idea de gestión de conflicto. Desde el concepto actual de paz –entendido como concepto negativo en cuanto centra sus esfuerzos en evitar el conflicto- *“la paz es un elemento estático que marca los tiempos de recuperación y preparación para una nueva época”*¹³⁹ frente a la continua presencia del conflicto que conlleva una actitud activa de lucha o defensa. De esta manera *“La guerra se concibe (...) como una aceptada y necesaria forma de solucionar los conflictos. (...) A menudo se llega a presentar la paz como el resultado, la victoria de un Estado (o una ideología) sobre otro”*¹⁴⁰. Como ya se detectaba en un inicio es paradójicamente un concepto de paz que justifica la contienda. En la guerra a nivel macroscópico se justificará por la defensa del orden interno; en la guerra a nivel microscópico, sucederá algo similar. Interesa especialmente en este trabajo la guerra a nivel microscópico, la guerra entre los individuos. En esta la paz –*pax*- se reflejará en la ausencia de conflicto por obediencia a las normas y en caso de transgredirlas, será igualmente la ley, bajo forma de sentencia quien impondrá la paz –volviendo a encontrarse una similitud con la tregua que mencionaba CARNELUTTI-.

Pues bien, parece que esta paz negativa resulta ser a fin de cuentas una guerra “civilizada”; una guerra en pro de los mandatos del Derecho o una guerra de las normas¹⁴¹. En nivel micro se elimina o disminuye la violencia directa, pero no se elimina la imposición –que se convierte en una violencia enmascarada o edulcorada -. Las personas pasan de hacerse la guerra física y verbal a hacerse la guerra en los Tribunales. Se trata de una lucha de normas que pretende situarse por encima de la violencia, lo cual no parece ensamblar con ciertos

¹³⁹ LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000, p. 21.

¹⁴⁰ *Ibídem*, p. 22.

¹⁴¹ “Hemos dicho que la *pax* es un sistema de ley y su aplicación; no obstante, lo que no hemos señalado es que la paz, como sistema de ley, significa que beneficia a unos sobre otros, sobre todo a los que definen, aplican y mantiene este sistema de ley. Esto quiere decir que, por ejemplo, la paz romana fue una definición de paz en el sentido de ausencia de violencia según la ley pero no en el sentido de justicia, prosperidad, reciprocidad e igualdad de todos”, en LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000, p. 18.

conceptos de esta última. En este sentido GALTUNG establece que *“La violencia hace acto de presencia cuando los seres humanos son influidos de tal forma que sus actos somáticos y mentales se encierran por debajo de sus realizaciones potenciales..., por tanto la violencia es la causa de la diferencia entre lo potencial y lo actual”*¹⁴². Hace así referencia a la gestión –no adecuada o no óptima- de conflicto por medio de la imposición, reforzando la idea previa de la posible existencia de violencia en los métodos heterocompositivos de gestión de conflictos.

B) CONCEPTO POSITIVO DE PAZ

¿Es frente a esto posible encontrar otro concepto de paz, exento de este tipo de violencia? Lo cierto es que no resulta tan inalcanzable presentar una visión positiva de paz, resultando algunas de sus características ciertamente familiares.

Establece CURLE que *“En una definición negativa, las relaciones pacíficas son aquellas que carecen de conflicto. La ausencia de conflicto puede, sin embargo, significar muy poco más que ausencia de asociación...pero a eso yo lo llamaría paz negativa. Es otro tipo de paz negativa la que caracteriza aquellas relaciones en las que la violencia ha sido evitada o mitigada, pero sin que haya desaparecido el conflicto de intereses, o en las cuales el conflicto ha sido mixtificado, es decir, se ha encubierto o disfrazado”*¹⁴³. Vuelve a reflejarse en estas palabras la forma de gestión de conflictos llevada a cabo por los métodos heterocompositivos, en los que la violencia se mantiene bajo control imponiendo un orden en el que quizá no se vea resuelto el conflicto de intereses¹⁴⁴.

¹⁴² GALTUNG, J., “Violence, Peace and Peace Research”, en *Peace: Research, Education, Action. Essays in Peace Research*, vol. I. Chistian Ejleres: Copenhage, 1975, pp. 110 y 111. Ello recuerda una reflexión que previamente se hacía entorno a la gestión no adecuada de conflicto, obteniendo esta un resultado temporal sin solución realmente el mismo, convirtiéndose así en conflicto potencial.

¹⁴³ CURLE, A., *Conflictividad y pacificación*, Heder, Barcelona, 1978, p.28.

¹⁴⁴ Puede entenderse que la imposición de las respuestas dadas por los métodos heterocompositivos, careciendo de un enfoque colaborativo entre las partes en conflicto y a su vez manejando un concepto negativo de este último justificándose su eliminación, permite alcanzar una paz negativa. Cabe señalar que en caso de resolver el conflicto por vía judicial, aplicando el doble control de razonabilidad de las decisiones, podrán reajustarse las mismas a fin de resultar realmente efectivas para resolver el conflicto –de hecho, de intereses- o, en su caso, se señalará la inadecuación de esta herramienta para la gestión óptima del caso planteado.

Se comienza con ello a vislumbrar uno de los elementos esenciales para superar la paz negativa: la cooperación. De esta manera, *“Los aspectos positivos de la paz nos conducirían a considerar no sólo la ausencia de violencia directa y estructural sino la presencia de un tipo de cooperación noviolenta, igualitaria, no explotadora, no represiva entre unidades naciones o personas, que no tienen que ser necesariamente similares”*¹⁴⁵. Igualmente se refleja en estas palabras que la atención pasa de la ausencia de conflicto a la ausencia de violencia, señalando a su vez la posible existencia de diferencias en un estado pacífico. No se trata por tanto de evitar los conflictos sino de fomentar las relaciones noviolentas por medio de la cooperación –eliminando la imposición-¹⁴⁶. Así, todo indica que la paz positiva no solamente es el estudio de la guerra sino también de los conflictos, y de manera detallada.

De ello se concluye que los conflictos solamente pueden llevar a la paz positiva cuando su gestión se realiza libre de imposición y por medio de la cooperación - elementos que se reflejan en los métodos autocompositivos-.

Puede finalmente afirmarse que tanto la heterocomposición como la autocomposición son métodos pacíficos de resolución de conflictos, manejando la primera un concepto negativo de paz y a segunda uno positivo. Si bien desde la vía judicial podrán obtenerse resultados tolerables, no parece ilógico defender que son los métodos autocompositivos los que ofrecen unos resultados óptimos. Ello no significa que todo conflicto sea siempre mejor resuelto por estos últimos sino que, en caso de ser adecuado para su gestión presentan una estructura que permite alcanzar una respuesta más adecuada al caso y de mayor calidad. Esto solamente es posible por la combinación de lo siguiente: los métodos autocompositivos manejan un concepto amplio y positivo de conflicto apostando a su vez por un concepto positivo de la paz. Ello permite que los conflictos atendidos por herramientas autocompositivas de gestionen desde una

¹⁴⁵ GALTUNG, J., *“Peace and Research Takes Sides”*, en *The New Era*, vol. 55, nº7, septiembre/octubre, London, 1974, p.178.

¹⁴⁶ Así lo expone LEDERACH detalla que *La paz positiva es cooperación (la colaboración, la mutua asistencia, el mutuo entendimiento y confianza), es una asociación activa, caracterizada sobre todo por el mutuo beneficio de una relación positiva*, en LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000, p. 37.

perspectiva significativamente más enriquecedora que las demás, adentrándose en ámbitos que son eludidos en los otros métodos de gestión de conflictos –se apuesta por un trabajo del conflicto multidisciplinar y transversal-.

4.2. NECESIDAD DE LA APERTURA DEL SISTEMA A NUEVAS HERRAMIENTAS

Queda finalmente patente que si bien el sistema judicial es capaz de soportar “dignamente” la gestión de conflictos, se hace necesario incorporar nuevas herramientas que se adecúen a la evolución de la sociedad y, con ella a la evolución del uso del sistema y de ciertos conceptos.

A) FUNDAMENTACIÓN

Se concluye, de una parte, que para garantizar el acceso a la justicia en sentido amplio el sistema de administración de justicia –distinguiéndose en este caso del sistema judicial, siendo más amplio el primero- debe asegurar a la ciudadanía que así lo solicite una respuesta adecuada al conflicto planteado.

Profundizando en el concepto de conflicto se resaltaba la necesidad de atenderlo como un concepto extremadamente amplio. Esta complejidad de los conflictos surgidos de las relaciones interpersonales ponía a prueba el alcance de las respuestas aplicadas de formas estrictamente racional a los mismos. En este sentido se pronunciaba RECASÉNS sentenciando que *“todas esas lógicas jurídicas formales nada nos enseñan en absoluto sobre la justicia; la adecuación a unas auténticas necesidades de la vida de interrelación humana o social; la congruencia entre el problema planteado por tales necesidades y los efectos que vayan a producir las normas que se intentan crear (...)”*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ RECASÉNS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 1971, p. 505.

Se hacía así alusión a la necesidad de humanización del proceso, en pro de acercar el mismo a la realidad de la ciudadanía. En este sentido entiende BUSTAMANE ALARCÓN que una de las consecuencias de dicha humanización *“consiste en la exigencia de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ellas se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas (...) eliminar todo ritualismo o formulismo, es decir, toda formalidad desproporcionada o irrazonable (...)”*¹⁴⁸, abriéndose así las puertas a nuevas herramientas menos formalistas. Se concluía por ello que, a fin de adecuar las respuestas dadas en vía judicial, se debía establecer sobre las mismas un control de razonabilidad real.

Sin embargo, profundizando en los métodos de gestión de conflictos se reconocían diferentes formas o procedimientos de darse dicha gestión (autotutela, heterocomposición y autocomposición). En todo caso se entendía que la gestión, para considerarse adecuada –aceptable- debía poner fin a la contienda. Así, frente a la autotutela se reconocían los métodos heterocompositivos y los autocompositivos como aceptables, al menos en cuanto a su gestión de los conflictos. Si bien ambos ponen fin al conflicto, se vislumbran diferencias significativas en la forma y calidad.

Se reconocía en este sentido, como gestión óptima del conflicto aquella que se lleva a cabo aceptando el conflicto como una realidad compleja e interdisciplinar –superando lo estrictamente jurídico sin lugar a dudas- en el que es necesario atender de forma integral sus distintas facetas. Así mismo se defendía un concepto positivo de conflicto como oportunidad de cambio, considerando su gestión como un proceso creativo de transformación del mismo.

A su vez, la forma óptima de gestión se desenvolvía en la cooperación y reconocimiento mutuo de los intereses y necesidades de las personas

¹⁴⁸ BUSTAMANE ALARCÓN, B., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001, p. 54.

implicadas, llevando esta estructura a un acuerdo basado en la voluntad de las partes.

Esta gestión óptima de los conflictos excede claramente de las posibilidades de la vía judicial y es por ello que, si se reconoce como máxima aspiración del acceso a la justicia, una gestión óptima de los conflictos que lleve una pacificación real y duradera, no puede hacerse más que reconocerse la necesidad de complementar el sistema de administración de justicia con nuevas herramientas.

Asumida la reflexión previa, mantener el reconocimiento exclusivo de la vía judicial como herramienta de gestión de conflictos supone desistir de alcanzar una verdadera situación de paz positiva, conformándose con una tregua en la que si bien se logra poner fin a la contienda abierta o mantenerla bajo control, se permite conscientemente la existencia y perduración de conflictos potenciales.

B) MÉTODOS COMPLEMENTARIOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS

A de ofrecer un sistema de administración de justicia de calidad, se hace necesario diversificar las herramientas disponibles. En este sentido establecen ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA que *“la reforma de la Justicia necesita diversificar sus métodos, y cualquier intento de modernización de la Justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías está abocado al fracaso, puesto que no hará más que reproducir las carencias estructurales. Es una realidad que nuestra sociedad ha cambiado, que ya no hay una masa de personas incultas y una élite de intelectuales que tienen el monopolio del poder y la clave para dar las respuestas precisas en Derecho. Los conceptos de autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones están implantados en todas las esferas, y es natural que también sean recibidos por el sistema de administración de Justicia”*¹⁴⁹.

Se ha mostrado un nuevo y enriquecido concepto de conflicto que no tiene cabida en la estructura del sistema judicial pero del cual son innegables las

¹⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de trabajo 110/2007, Revista de la Fundación Alternativas p. 40.

bondades: permite obtener una paz positiva. Para ello su gestión debe ser no adversarial, lo cual nuevamente no tiene cabida en el sistema judicial.

Pese a ello la implantación de nuevas herramientas no se encuentre exenta de críticas, como se desprende de las palabras de DE LA OLIVA SANTOS que se muestra especialmente duro al afirmar que *“la demanda de justicia es perfectamente legítima y no debe ser desoída o desdeñada. Y es desoída o desdeñada cuando en lugar de preocuparse por más y mejores recursos humanos y más medios materiales de Justicia estatal, el Estado reacciona principalmente con la promoción de alternativas”*¹⁵⁰. Y es por eso que quizá deben entenderse como herramientas complementarias y no alternativas. No se trata, nuevamente, de desatender la mejora de sistema judicial¹⁵¹ como bien se demuestra en este trabajo sino de complementar el sistema de gestión de conflictos promocionando diversas vías –e incluso la combinación de las mismas- a fin de brindar a los y las ciudadanos respuestas óptimas a sus conflictos. Se trata a fin de cuentas de superar el reconocimiento exclusivo de la vía judicial como herramienta de gestión de conflicto, implantando un formato *multipuertas* en el acceso a la justicia. En el mismo no predomina una herramienta sobre otra sino existe una amplia oferta de herramientas para que la ciudadanía activa tenga la posibilidad de gestionar su conflicto por la vía más adecuada. Y aún más, se entiende que superado ese complejo de superioridad de la vía judicial en pro del correcto funcionamiento del acceso a la justicia, puede –y debe- existir una estrecha relación entre las diferentes herramientas llegándose incluso a considerar oportuna la combinación de ellas en su caso¹⁵².

¹⁵⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., *“Mediación y Justicia: síntomas patológicos”*, Revista “Otrosí”, núm.8, octubre-diciembre 2011, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p.8.

¹⁵¹ Es imprescindible mencionar que, además, la supervivencia del sistema judicial es necesaria ya que ello obedece a garantizar el mencionado sistema *multipuertas*. De esta manera, si bien se defiende el reconocimiento de la adecuación de nuevas herramientas, carecería de sentido imposibilitar a los y las ciudadanas acudir a la vía judicial si lo consideran oportuno o si, las alternativas, no son adecuadas para gestionar su conflicto –sirva de ejemplo conflictos en derechos no disponibles-.

¹⁵² Reflejo de ello son las derivaciones que se dan desde el Juzgado a Programas de Mediación Intrajudicial. En estos supuestos, el conflicto inicia su gestión en vía judicial, derivándose por su adecuación a la mediación, en la que puede alcanzar o no un acuerdo. Independientemente de alcanzarse dicho acuerdo, el caso vuelve a vía judicial para seguir su transcurso en caso de ser necesario o atendiendo la resolución judicial lo expuesto en el acuerdo en caso de haberlo.

Pues bien, asumida la necesidad de reconocer herramientas complementarias a fin de atender aquellos casos que no puedan gestionarse de forma óptima en vía judicial, interesa presentar brevemente algunas características de las mismas que permiten, como se destacaba previamente, gestionar los conflictos de forma no adversarial obteniendo, en su caso resultados que favorecen la paz positiva:

i. La **adecuación** de la respuesta al caso concreto, exigencias tantas veces mencionada en el estudio de las respuestas judiciales, no podía como es obvio faltar en el análisis de las herramientas complementarias.

Una de las causas con complicaba esta tarea en la decisiones judiciales era que esta dependía en exclusiva de la aplicación racional de las normas. Se defendía en aquel momento que toda aplicación estrictamente lógica en relaciones interpersonales carecía de sentido puesto que se hacía imposible alcanzar con detalle la complejidad de estos conflictos. Quiénes si no las partes en conflicto eran las mejor conocedoras de la realidad de la situación. Sin embargo en la vía judicial no son las partes implicadas las protagonistas sino que estas se ven representadas por sus letrados¹⁵³.

Frente a esto, los métodos autocompositivos presentan una estructura diferente en la que se devuelve dicho protagonismo a las partes. Así establece MARTÍN DIZ que *“la mediación como método extrajudicial de solución de conflictos, otorga todo el protagonismo, y también la mayor parte de la responsabilidad en la tarea de resolver el problema, precisamente a las propias partes enfrentadas. (...) También ellas, aquí con la inestimable colaboración y aportaciones del mediador, son quienes deben ir eliminando progresivamente diferencias y producir elementos de acercamiento y entendimiento que den pie al acuerdo*

¹⁵³ Cabe señalar que lejos de solamente eliminar las aportaciones positivas que solamente pueden obtenerse de las personas implicadas, la intermediación de los letrados no pocas veces supone un perjuicio importante en la adecuación de las decisiones al caso concreto. En este sentido se pronuncia PASTOR PRIETO afirmando que *“un asesor jurídico puede tener intereses no coincidentes en su totalidad con el cliente. Por ejemplo, si cobrase más cuando se reclama que cuando no se reclama, más cuando se va a pleito que cuando se resuelve mediante acuerdo, o más cuando se apela que cuando no se apela. (...) Estas eventuales divergencias de intereses, unidas a los problemas de observabilidad y control d la conducta del agente por partes del principal (el cliente), puede dar lugar a que haya reclamaciones que no debieron formularse o a que se gastase en su resolución más medos de los necesarios.”*. PASTOR PRIETO, S., “Eficacia y métodos alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Métodos Alternativos de Solución de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008. p.55.

reparador”¹⁵⁴. De esta manera se permite que sean las partes implicadas las que elaboren una “agenda de los temas a tratar”, llegando de esta manera a trabajar de manera exhaustiva el conflicto. No existen limitaciones en este caso más que la voluntad de las partes, permitiéndose por tanto gestionar la parte más emocional del conflicto y no solamente la jurídica. Así se desprende de estos métodos un carácter multidisciplinar inexistente en la vía judicial. En este sentido señala SAIZ GARITAONAENDÍA que *“la visión cooperativa debe verse beneficiada por un acercamiento multidisciplinar al problema que, evidentemente sin olvidar la posible vertiente normativa de la cuestión, utilice instrumentos de distinta naturaleza –sociológicos, psicológicos, económicos,...- de casa a fomentar la comunicación asertiva entre las partes y una posible solución satisfactoria al conflicto.”*¹⁵⁵.

La estructura y funcionamiento de estas herramientas facilita por tanto una adecuación óptima de las decisiones al caso concreto.

ii. Otra de las características directamente relacionadas con gestiones no adversariales es que estos métodos trabajan desde el modelo *win-win*. De esta manera se trabaja desde el diálogo¹⁵⁶ cooperativo, intentando satisfacer los intereses y necesidades de ambas partes.

Gracias al carácter voluntario de todo el procedimiento y al trabajo cooperativo en la creación de acuerdos, existe un grado de satisfacción por ambas partes en lo reflejado en el acuerdo, lo cual facilita en sí mismo su cumplimiento –ambas partes se sienten ganadoras-. Así apunta MEJÍAS GÓMEZ que *“este hecho determina que, una vez conseguida la solución, al haber sido ésta alcanzada fruto del mutuo y sincero convencimiento por las partes, sea cumplido voluntariamente y en sus justos términos por aquellas, esto es lógico y*

¹⁵⁴ MARTÍN DIZ, F., La mediación en materia de en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis, Tórculo Ediciones, La Coruña, 2011, pp.40 y 41.

¹⁵⁵ SAIZ GARITAONENDIA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir), *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., p. 76

¹⁵⁶ Para BOHMD el diálogo es “una corriente de significado que fluye dentro y a través de los implicados...y este significado compartido es el aglutinante, el cemento que sostiene los vínculos entre las personas y las sociedades. El diálogo, cuyo prefijo “diá” significa –a través de-, es el resultado de un proceso de cooperación y de trabajo conjunto para construir significados comunes a los interlocutores y las interlocutoras”. BOHMD. “La totalidad y el orden implicado”, Kairós, Barcelona, 1998.

razonable, pues no tiene sentido que alguien pacte algo de firma libre y voluntaria para luego desdecirse del mismo y no cumplirlo. Cumplimiento que se realiza por convicción y no por imposición, como suele ocurrir cuando la solución proviene de una resolución judicial que ponga fin a un procedimiento contradictorio"¹⁵⁷. Encontramos en ello una de las exigencias de la paz positiva, en la que la misma se alcanza por voluntad de las partes y no por imposición. Ello a su vez facilita como se ha destacado la **eficacia** de los acuerdos alcanzados y el **cumplimiento** –no forzoso- de los mismos.

iii. Una de las características más destacable de los métodos complementarios es la **voluntad** de las partes. Esta se da tanto para iniciar el proceso como para terminarlo, siendo posible abandonarlo en el momento en que lo consideren oportuno.

Una de las bondades más destacables de esta característica es sin lugar a dudas la disminución sustancial de los costes emocionales. Estas herramientas se irguen sobre el pilar del dialogo respetuoso y equilibrado, propiciando un ambiente que nada tiene que ver con el protocolo que exige la vía judicial –en el que el espacio mismo se encuentra organizado de manera confrontativo-. Ello facilita en primer lugar un trabajo más profundo del conflicto, ya que existe la flexibilidad necesaria para que las partes no se sientan presionadas ni a seguir con el procedimiento, ni tampoco a alcanzar un acuerdo no deseado y su posterior cumplimiento –impuesto, como sucede con la decisión judicial-. En segundo lugar, y como consecuencia directa de lo expuesto, esta voluntariedad facilita la cooperación de las partes implicadas, obteniendo con ello las consecuencias ya mencionadas en el concepto de paz positivo.

Por otra parte, este carácter voluntario potencia una actitud activa y participativa de las partes implicadas en la gestión del conflicto y en la responsabilidad de la misma. Supera por tanto es esquema paternalista del sistema judicial, empoderando a la ciudadanía y apoyando sus capacidades de gestión de conflictos. Ello tiene además unas consecuencias destacables en la prevención de conflictos: y es que potenciar y trabajar las capacidades personales de la

¹⁵⁷ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009. p.71.

ciudadanía (empatía, escucha activa y asertividad) respaldando su capacidad autónoma de gestión de conflictos permite ir un paso más allá en la gestión de conflictos. Se avanza hacia una educación en la gestión pacífica de conflictos, brindando nuevas herramientas a la ciudadanía para gestionar futuros conflictos de características análogas –sin perjuicio de mantenerse por supuesto las herramientas complementarias siempre que las partes implicadas no se vea capaces de resolver por sí mismas la disputa que les ocupa-.

CUESTIONES FINALES. Reflexión sobre el caso práctico

Previamente a iniciar las conclusiones se querría hacer una breve alusión al caso que se presentaba al inicio de este trabajo. Quizá tras la lectura del trabajo es cuando cobra sentido la forma de presentación del conflicto. Se trata de un conflicto en absoluto alejado de la realidad, en la que se muestra el mismo desde su concepción amplia. Se puede observar que las partes en conflicto no perciben su situación como una controversia jurídica sino como una de hecho, confiando en que la vía judicial finalizará restaurando la paz.

Son sin embargo numerosos los elementos que no van a permitir que el sistema judicial articule la respuesta esperada, a grandes rasgos, por las partes implicadas. En primer lugar porque la vía judicial responderá sobre las lesiones, sin adentrarse en las numerosas cuestiones que las rodean y parecen en realidad el centro de atención de los implicados. Son justamente estas cuestiones las que escapan por completo al sistema –y debe ser así, respetando sus características y las bondades que se desprenden de las mismas- y que no pueden ser resueltas si es por medio de la cooperación de las partes implicadas. Esta última no puede darse porque las partes han optado por una vía en la que se potencia la confrontación – pese a que no parece tan asumida por las partes- anulándose el diálogo entre las partes.

Se observa además que son justamente estos elementos no jurídicos los que en ocasiones brindan oportunidades de cambio, permiten llegar a acuerdos creativos y enriquecedores –posibles acuerdos si existiera una comunicación sobre la situación de los perros-.

No es desde luego la finalidad de este trabajo presentar una gestión práctica de un conflicto concreto, pero resulta extremadamente sencillo llevar a la práctica lo expuesto a lo largo de este trabajo y comprobar que la rígida estructura del sistema judicial se ve largamente superada por la riqueza de los conflictos, y si bien resulta sin duda alguna adecuada para números conflictos, reconocerla como única vía de acceso a la justicia supone un encorsetamiento injustificable de la sociedad y sus conflictos.

CONCLUSIONES

1. El acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso son conceptos complejos en los cuales puede reconocerse una faceta amplia y otra estricta de cada uno de ellos. Si bien contienen en sí mismos una justificación o perceptiva material y otra formal, podemos incluso observar que algunos de ellos, como por ejemplo la tutela judicial efectiva, despliegan su faceta formal a la luz de las exigencias materiales que le son dadas por otros conceptos –en este caso el debido proceso-. Ello no hace más que asegurar una razonabilidad en el sistema de justicia, encontrando plena coherencia entre unos conceptos y otros. De esta manera se ha reconocido a lo largo del trabajo un alcance claramente más amplio del acceso a la justicia, siendo el único del que puede predicarse un alcance completo de la gestión de conflictos tanto dentro como fuera del proceso integrando en éste los procedimientos.

2. Se defiende que el acceso a la justicia puede desglosarse en diferentes fases, de la misma manera que lo pueden hacer las exigencias del mismo. Así se ha mantenido que actualmente se reconoce satisfecho el acceso a la justicia atendiendo a los requisitos de los tres conceptos mencionados. En primer lugar estaremos a exigir el acceso como tal de todas aquellas ciudadanas que quieran presentar ante el sistema un conflicto. Una vez dentro del proceso o procedimiento, se requiere la vigilancia de su desarrollo por medio de garantías procesales las cuales provendrán de la tutela judicial efectiva en el caso de los procesos, encontrando su similitud en el debido proceso formal para los procedimientos. Estas garantías que permiten un orden lógico del desarrollo del proceso o procedimiento encuentran su fundamento en el debido proceso material, que vela por la coherencia del sistema. Hasta aquí encontramos una predominancia del carácter racional en el sistema, el cual vela por permitir una argumentación lógica del proceso en sí y de sus actuaciones.

3. Íntimamente ligada a esta cuestión, surge del debido proceso material la exigencia de un control de coherencia de las decisiones obtenidas, con el sistema en sí. De esta manera se hace necesario un ejercicio de control de

razonabilidad de las decisiones con los valores superiores del ordenamiento. Dicho control resulta interesante a la luz de dos cuestiones:

(i) la primera a fin de presumir de una correcta articulación del sistema el cual deja a un lado su funcionamiento automatizado reconociendo posibles errores en sus decisiones. Para su control, exige que el contenido de las mismas sea razonable con los valores superiores, lo cual termina de rematar la coherencia del sistema –razonabilidad estructural-.

(ii) la segunda resulta especialmente interesante, ya que la necesidad de dicho control deja patente el reconocimiento por el propio sistema que una aplicación estrictamente racional de las normas a un determinado conflicto, aun estando el proceso debidamente cubierto por fuertes garantías procesales, puede dar lugar a decisiones que no puede reconocerse como razonables –siendo en este caso indiferente que dicha falta de razonabilidad se predique del funcionamiento del sistema o del mismo como tal-.

4. Atendiendo a lo expuesto hasta ahora no puede negarse la existencia de un control de razonabilidad de las decisiones judiciales a efectos de coherencia del sistema. Sin embargo se hace notar que la misma atiende a unos criterios que se encuentran dentro del mismo lo cual dota esa razonabilidad de las decisiones de un alcance muy limitado: el de sistema. De esta manera obtenemos una razonabilidad estructural, en cuanto el mismo ofrece unas decisiones racionales que serán además coherentes de los valores superiores de mismo.

5. Se detecta sin embargo una carencia importante, y es que todo ello resume el control de razonabilidad al sistema en sí, a su desarrollo. Se hace notar respecto a ello que la gestión de conflictos entrelaza dos ámbitos diferentes: las controversias jurídicas y las controversias de hecho. Estas últimas acceden al sistema por medio de su conversión en controversias jurídicas, única forma admitida –y posible- para su gestión en el sistema el cual se encuentra el ámbito jurídico. La complejidad, y ahí donde parecen resaltar ciertas carencias, se encuentra en “devolver” las decisiones jurídicas a soluciones de hecho de forma coherente. Y es que a fin de dotar al sistema de fuertes garantías para proteger

los derechos en juego¹⁵⁸ se ha elaborado una estructura y unos procesos especialmente rígidos en los que parece que los hechos que se presentan son dirigidos de un lado a otro en una especie de espiral procesal, perdiendo quizá el control en ciertas situaciones. Y ello no parece causar mayor problema cuando el conflicto que entra en el sistema coincide minuciosamente con el mismo. Sin embargo, de no ser así, el resultado puede ser peligroso. Por ello se requiere un control de razonabilidad no ya de las decisiones en sí, fruto de la aplicación lógica de las normas y su control de razonabilidad con los valores superiores, sino de las mismas con la situación de hecho. Se trata de comprobar que la aplicación de este sistema casi automatizado ha logrado atender el conflicto planteado se forma razonable, y ello atendiendo al resultado que dicha decisión provoca en la gestión del conflicto de hecho.

6. De esta manera se concluye que en el momento de la aplicación de las normas, la cual se va a reflejar en la motivación de las decisiones, deben confluír diferentes controles. En primer lugar se requiere una aplicación racional de las normas, por medio de silogismos lógicos, obteniendo de esta manera una solución –acorde a Derecho- a la controversia jurídica. Como se ha mencionado ya numerosas veces, dicha aplicación racional, en su argumentación, se nutrirá exclusivamente de criterios jurídicos. Este resultado se enfrentará a un primer control o estudio de su razonabilidad, confrontando el mismo a los valores superiores del ordenamiento. En caso de ser contrarios o no poder presumir de razonabilidad, el sistema se encuentra capacitado para dar coherencia a la decisión modificando su contenido. Se ha superado por tanto el campo de la racionalidad, encontrándonos en el de razonabilidad. Sin embargo dicho control se realiza a la luz de criterios jurídicos, los cuales siguen formando parte del sistema y por tanto su máximo alcance será controlar la razonabilidad estructural mencionada.

7. Diferente a la misma es la razonabilidad real, que busca controlar la adecuación de la decisión jurídica a la situación de hecho como ya se

¹⁵⁸ Y tales precauciones no son para menos, ya que no se debe olvidar que es por medio del acceso a la justicia que podemos hacer valer los derechos que consideramos vulnerados. Se trata por tanto de un procedimiento delicado en el que una estructura o articulación inadecuada del mismo supondría la posible indefensión de todos los demás.

mencionaba anteriormente. Para ello se requiere inevitablemente atender a unos elementos que se encuentran fuera de sistema jurídico, que escapan de lo estrictamente procesal. Debe resaltarse que este último control no aporta arbitrariedad a la decisión que ha pasado dos controles previos –racionalidad en la aplicación de las normas y razonabilidad de la decisión con los valores superiores del ordenamiento- que sirven de base a cualquier posible decisión posterior.

8. Se concluye que de no darse este último control de razonabilidad, se puede predicar razonabilidad *en* el acceso a la justicia pero no *del* acceso a la justicia ya que queda fuera del alcance de los controles previos la adecuación de la solución al caso.

9. A la luz de este trabajo, se defiende que dicho control de razonabilidad de las decisiones en la gestión del conflicto es indispensable para reconocer como efectivo el acceso a la justicia por medio de la gestión de conflictos en vía judicial. De esta manera, de aquel proceso o procedimiento que no haya puesto fin a la controversia de hecho entre las partes, independientemente de que sí lo haya hecho con la controversia jurídica, no podrá predicarse que permitió el acceso a la justicia de forma efectiva. Tampoco se predicará de aquel que, habiendo ofrecido una decisión motivada sobre el fondo de la cuestión y habiéndola hecho ejecutar, no haya puesto fin con la misma a la controversia de hecho.

Y esto se defiende apoyándose en la finalidad del acceso a la justicia, la cual es restablecer la paz social cuando dos o más partes entran en conflicto. Las mismas no entran en conflicto jurídico desde luego, sino de hecho. Cosa diferente es que para que dicha controversia sea atendida por el sistema judicial se vea obligados a traducirla a lenguaje jurídico, convirtiéndose en controversia jurídica. Si el motivo inicial es una controversia de hecho, carece de sentido que el sistema finalice en la ejecución de una solución a la controversia jurídica equivalente, sin que la misma tenga cabida en el conflicto de hecho.

10. Finalmente, y en coherencia a lo previamente expuesto, se descarta que la finalidad del sistema judicial sea la paz social, siendo sin embargo posible reconocerla como finalidad del acceso a la justicia. De esta manera, un sistema judicial plenamente coherente con las exigencias del acceso a la justicia llevará

ineludiblemente a decisiones justas –aplicación racional de las normas, control de razonabilidad de la decisión con los valores superiores del ordenamiento y posterior control de razonabilidad de las decisiones con las consecuencias de hecho de las mismas.

11. Se reconoce la necesidad de un análisis y conocimiento exhaustivo del conflicto si uno de os ejes centrales de poder garantizar un acceso a la justicia pleno resulta en la adecuación de las respuestas a los conflictos planteados.

Se hace necesario entender el conflicto desde una perspectiva amplia, a fin a atender también, en la evaluación de la adecuación de las decisiones judiciales, aquellos elementos no jurídicos que modifican la evolución, el desarrollo y la forma adecuada de gestión del mismo.

12. Se reconocen diversas formas de gestión de conflicto, asumiendo como adecuados los métodos heterocompositivos y autocompositivos. De los primeros de destaca un alcance menor en la calidad del acceso a la justicia por presentar su estructura una forma excesivamente rígida para poder tomar en cuenta en la gestión de conflictos todos los elementos existentes en el mismo. Esta característica no resulta sin embargo inadecuada para la gestión de ciertos conflictos. Así, cuando los mismos tengan un carácter eminentemente jurídico careciendo de componente emocional o de otro tipo, el doble control de razonabilidad –estructural y real- permite alcanzar respuestas de alta calidad.

13. En cuanto al grado de pacificación en la gestión de conflictos, cabe señalar lo siguiente:

- Que los métodos heterocompositivos reúnen ciertas características que permiten afirmar que si bien es lícito reconocerlos como formas pacíficas de conflictos, esta afirmación se hace a la luz del concepto negativo de paz. Si bien se elimina y mitiga el uso de la violencia directa, se mantiene una estructura claramente adversarial situando a las partes en conflicto en posiciones confrontadas –siguiendo el modelo ganadora/perdedora-. Ello se ve reafirmado por su clara equivalencia al término *pax* en el que se alcanza un pacto por imposición de la ley –se da una ausencia de violencia por sumisión y no por convicción-. Pueden por tanto quedar sin resolver conflictos latentes –e incluso

los que no lo son-, ello en gran parte provocado por la falta de participación activa de las partes implicadas –nuevamente apartando la cooperación entre ellas exigiéndose de las mismas una abstención de actuación hasta que se emita la resolución-.

Si bien elimina –o al menos es una de sus finalidades- la violencia, esta se transforma en un derivado de la misma: la violencia de las normas o la guerra de las normas. El sentimiento de contienda se mantiene en el proceso si bien se reconoce como contienda civilizada¹⁵⁹.

- Que los métodos autocompositivos reúnen las características necesarias para reconocerlos como herramientas óptima de gestión pacífica de conflicto –desde el concepto positivo de paz-. Desde una concepción abierta del conflicto como fenómeno multidisciplinar y a su vez positiva del mismo como oportunidad de cambio, articulan una forma de gestión de conflictos flexible basada en elementos como la voluntariedad, la participación activa, la cooperación, reconocimiento mutuo, o la creatividad. Se trabaja por tanto la situación pacífica como un proceso dinámico en el que el conflicto no se elimina sino que se trabaja. Se permite de esta manera una gestión transversal del conflicto en el que la participación y responsabilidad de las partes implicadas la cual permite alcanzar acuerdos adecuados al caso concreto facilitando además su cumplimiento.

Se entiende además que solamente las herramientas no adversariales de gestión de conflictos pueden reconocerse estrictamente como pacíficas –paz positiva-. Ello no niega la posibilidad de derivar la gestión de un conflicto a una herramienta no estrictamente pacífica –vía judicial- entendiéndose más adecuada la segunda para el caso concreto –véase por ejemplo que incumpla derechos no disponibles o que las partes en conflicto no deseen gestionar el conflicto en estos medios-; el resultado será óptimo para el caso concreto pudiendo ser en términos generales aceptable.

¹⁵⁹ Y muy poco tiene de civilizada cuando es sobradamente conocido que en según qué procesos se luchará no solamente con las normas. Las pruebas aportadas suponen en muchas ocasiones una agresión a la intimidad y bienestar de las personas implicadas. Lo mismo sucede con el espacio en el que se desarrolla el proceso en el que se enfrenta físicamente a las partes, se suprime el diálogo entre ella (a fin de no perjudicar la estrategia elaborada por los letrados), etc.

14. Se concluye finalmente que garantizar el acceso a la justicia en sentido amplio supone brindar a la ciudadanía las herramientas adecuadas de gestión de conflictos. De ello deriva por tanto la necesidad de co-existencia del sistema judicial con herramientas complementarias del mismo. Del reconocimiento del conflicto como concepto amplio se defiende la necesidad de exigir un sistema *multi puertas* en el que se ofrezcan herramientas de gestión adecuadas a cada caso. De esta manera no existe superioridad de una herramienta sobre otra sino una mayor adecuación de una u otra respecto a un caso concreto. Se defiende incluso que la complejidad de los conflictos puede exigir, en su caso, la combinación de varias de estas herramientas a fin de alcanzar un resultado óptimo.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., *“Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica”*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AARNIO, A., *“La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”*, Doxa, nº8, trad. de J. Aguiló, 1990.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991.

ATIENZA, M., *“Sobre lo razonable en el Derecho”*, Revista Española de Derecho Constitucional, 27, 1989.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *“La noción de un proceso penal en todas las garantías”*, Consejo General del Poder Judicial, Derechos procesales fundamentales; Manuales de Formación Continuada 22/2004.

BIRGIN, H. y KOHEN, G., *El acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.

BOHMD. *“La totalidad y el orden implicado”*, Kairós, Barcelona, 1998.

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Perú, 2001

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *“El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso”*, en Proceso & Justicia, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2000.

CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. I, Buenos Aires, 1962.

CALDERÓN CONCHA, P., *“Teoría de conflictos de Johan Galtung”*. Revista paz y conflictos. Núm 2. Año 2009. Issn: 1988-7221.

CAPPELLETTI, M. Y GARTH, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CAPPELLETTI, M., *“La protección de los intereses colectivos y difusos”*, en XIII Jornadas Iberoamericanas de derechos procesal, México, UNAM. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993.

CAPPELLETTI, M., *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la Procédure Civile*, en Revue Internationale de Droit Comparé, 1975.

CARNELUTTI, F., *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 1994.

CARRASCO PERERA, A., "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en Revista Española de Derecho Constitucional, 11

CEDEÑO, E., "Mediación comunitaria: teoría del conflicto", HEINONLINE. 48 Rev.Der.P.R. 223 2008- 2009.

CHAMORRO BERNAL, F, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.

CORDÓN MORENO, F., "El derecho a obtener la tutela judicial efectiva" en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., Derechos procesales fundamentales, Manuales de Formación Continuada, nº22, 2004, CGPJ.

CURLE, A., *Conflictividad y pacificación*, Heder, Barcelona, 1978.

DE ASIS ROIG, R., "El juez y la motivación en Derecho", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosh, Barcelona, 1980.

DE LA OLIVA SANTOS, A., "Mediación y Justicia: síntomas patológicos", Revista "Otrosí", núm.8, octubre-diciembre 2011, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Librería Bosh, Barcelona, 1990.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FISAS ARMENGOL, V., "Cultura de paz y gestión de conflictos", Icaria, Barcelona, 1998.

GALTUNG, J., "Conflict as a way of life", *Essays in Peace Research*, vol. III. Chirstian Ejleres: Copenhagen, 1978.

GALTUNG, J., "Peace and Research Takes Sides", en *The New Era*, vol. 55, nº7, septiembre/octubre, London, 1974.

GALTUNG, J., "Violence, Peace and Peace Research", en *Peace: Research, Education, Action. Essays in Peace Research*, vol. I. Chirstian Ejleres: Copenhagen, 1975.

GALTUNG, J., *Sobre la paz*, Editorial Fontamara, Barcelona, 1985.

GALTUNG, J., "Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización". Ed, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 2003.

GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., y DÍAZ MARTÍNEZ M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GÓMEZ LARA, C.: “*Debido proceso como derecho humano*” en la obra colectiva: GONZÁLEZ, N., (Coordinadora): “*Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T.II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2006.

GONZÁLEZ CANO, I, “*Los medios alternativos de resolución de conflictos*”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir) *Mediación: un método de ? de conflictos*, Cólex, Madrid, 2010.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W.: “*La razonabilidad de las Leyes y otros Actos de Poder*” en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial, Año I, nº1, Gaceta Editores, Lima, 1995.

HAMPSHIRE, S.: *La justicia es conflicto*, Siglo XX de España, Madrid, 2002.

HOCKER, J. y WILMOT, W., “*Interpersonal Conflict*”, Dubuque, Iowa, WM.C. Brown, 1978.

LANDA, C.: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra, Lima 2003.

LEDERACH, J.P., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000.

LEECH, PHIL. “Galtung’s ‘Structural Violence’ and the Sierra Leone Civil War c.1985-1992” Revolve, The People & Planet Network. URL: http://www.pandnetwork/journal/articles/structural_violence.

LEWIS A. COSER, “*The Functions of Social Conflict*”, The Free Press, Nueva York, 1956.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis*, Tórculo Ediciones, La Coruña, 2011.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009. p.71

MOISÈS AMORÓS, FERRAN CAMPS I XAVIER PASTOR, “*Mediació comunitària i gestió alternativa de conflictes a Catalunya. Una guia per la governabilitat*”, Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2000.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, JL., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ, F.A., LÓPEZ MARTÍNEZ, M., (eds.): *Historia de la Paz. Tiempos, espacios y actores*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2000.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMIGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4º ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.

MORENO MARTÍN, F. “La Mediación y a evolución histórica de conflicto”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir) *Mediación: un método de ? de conflictos*, Cólex, Madrid, 2010.

NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000.

ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de trabajo 110/2007, Revista de la Fundación Alternativas.

PASTOR PRIETO, S., “Eficacia y métodos alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Métodos Alternativos de Solución de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

RECASENS, L., “*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*”, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 1971.

ROBLES GARZÓN, J.A., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ PALOP, M.E., “*Los intereses colectivos en el discurso de los Derechos Humanos*”, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

SAIZ GARITAONENDIA, A., “*Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos*”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

SOLETO H., CARRETERO E., RUIZ C., *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Pamplona, 2014.

URY, W.L., BRETT, J.M., GOLDBERG, S.B., *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.